HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	脱警察化と行政機関に対する警察の役割（２・完）：「隙間なき危険防御」の法的位置づけ
Author(s)	米田, 雅宏
Citation	北大法学論集, 66(1), 1-54
Issue Date	2015-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59202
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no1_01.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

脱警察化と行政機関に対する警察の役割（二・完）

――「隙間なき危険防御」の法的位置づけ――

米田雅宏

目　次

はじめに
第一節　問題設定
　第一項　立法原則としての警察消極目的の原則？

第二項　問題の再定式化―警察任務一般条項論
第二節　ドイツ警察・秩序法の任務配分原理―分析視角
第一項　脱警察化
第一　「警察行政庁」―プロイセン警察行政法一四条
第二　脱警察化の法的含意
第二項　警察と秩序行政庁の役割分担と協働
第一　危険防御任務における管轄配分―補完性原理
（1）概要
（2）要件と効果（以上、第二六五巻第五号）
第二　その他の任務―執行援助・職務共助
第三項　小括
第三節　分析視角に基づく我が国の警察法秩序の検証
第一項　我が国における脱警察化の法的評価
第二項　実定法の検証―危険防御任務における管轄配分
第一　警察任務一般条項論の〝合理的再構成〟
第二　「隙間なき危険防御」の法的位置づけ
補論　行政機関の職務執行時における警察の援助とその限界
第三項　小括
おわりに―分断的規律と解釈構成

第二　その他の任務―執行援助・職務共助

一　秩序行政庁に対する警察の役割としては、警察の緊急権限の他に、さらに危険防御以外の任務の履行も挙げられる。執行援助（Vollzughilfe）がそれである。

（一）秩序行政庁は、多くの場合、独自の執行職員を有していないことから、実力組織である警察を組織上分離してしまうと、秩序行政庁は自ら下した行政行為を執行できない状況に陥りうる。特にこのような問題が生じるのは、実力行使が必要とされる直接強制を行う場合である。そこで、直接強制が実施されるべき状況ではあるが秩序行政庁自らがこれを執行することができない場合、警察は秩序行政庁からの要請に基づいて当該執行の援助、つまり直接強制を行うことが認められている[165]。これは、確実な義務履行による法的安定性の確保という法治国家的要請に基づくものであり、警察の任務を規定するMEPolG一条三項は、この執行援助を警察固有の事務として明記している。執行援助の要件効果を具体的に定めるMEPolG二五条を示せば、次の通りである。

MEPolG二五条

一項　警察は、直接強制を実施すべきであり、かつ、他の行政庁がそれに必要な執行力を用いることができない、又はその措置を他の方法では実施することができないときは、他の行政庁の要請に応じて執行援助を行う。

二項　警察は、実施の種類及び方法についてのみ責任を負う。その他の点においては、職務共助の諸原則が準用される。

三項　職務共助の義務は、これを妨げない。

この執行援助は他の行政庁からの要請に基づき行われるものであるが、警察は当該行政庁によって発せられた措置の執行に関してのみ援助するのであって、執行すべき措置それ自体は行政庁自らが下す。ゆえに、執行援助によって実現されるべき措置の適法性は要請する行政庁が責任を負い、要請される警察は執行援助の実施の種類や方法についてのみ責任を負うことになる（同条二項）[166]。執行援助が認められる要件が厳しく限定されているのは（同条一項）、一つに、警察は本来、差し迫った危険の防御、犯罪対策・秩序違反対策に集中すべきであり、警察に馴染みのない任務を負わせることで過剰な負担がかかるのを避けるため（従って、執行援助は直接強制に限られ、代執行や強制賦課金のような他の強制措置を行うことは、同規定により排除される。）、もう一つに、本来、秩序行政庁は自らに委託された任務を自らの人的並びに物的手段でもって履行するのが原則とされていることから（権限の自己行使の原則）[167]、執行援助を広範囲に認めることで秩序行政庁が簡単に必要な執行力を放棄することのないようにするため、とされている（加えて、執行援助の内容が実力行使を伴う直接強制であり、権利侵害の程度が大きいということも挙げられる）[168]。

ちなみにここで注意を要するのは、①警察が行う執行援助と、②秩序行政庁が自ら下した措置を自らの力で強制的に実施する際において、これを円滑に行うために警察が講じる保護の供与[169]とは、区別される点である[170]。直接強制が実施されなければならない場合、秩序行政庁には、通常、二つの選択肢が存在する。一つは、秩序行政庁が行政行為を自ら執行するが、その際執行職員が妨害にさらされることのないよう警察に保護してもらう方法と、警察に直接、執行援助を要請する方法である[171]。執行職員に差し迫る危険に対処することは、警察が行う通常の危険防御措置であることから、保護の供与は「執行時における保護（Vollstreckungsschutz）」であり、執行援助は「執行の援助（Vollstreckungshilfe）」である、と整理されることになる。執行時における保護においては警察は、秩序行政庁による執行手続において、秩序行政庁の職員と相並ぶ形で援助活動を行うのである[172]。

（二）ところでMEPolG二五条二項二文によれば、執行援助には職務共助（Amtshilfe）の諸原則（連邦行政手続法（VwVfG）七条）が「準用される」と規定されており、執行援助と職務共助との間に密接な関連性があることが示されている。職務共助とは、独立分離した行政庁が行政効率の向上のため互いに補完し合う憲法上の制度であり（基本法三五条）、個別ケース毎に、援助を要請された行政庁が、援助を要請する行政庁の職務活動を補佐する事実的あるいは法的活動をいう[173]。例えば、書類の閲覧・提出、コピーの送付、建物や機器、人員（特に事務員や専門家）の手配、技術的援助等が典型例であり、直接外部に作用することのない、従って侵害的特徴を持たない内部的な措置が中心となる[174]。この職務共助は、連邦と州のすべての行政庁に要請される措置であると解されているため（基本法三五条一項並びに連邦行政手続法四条以下）、当然、警察と秩序行政庁との関係にも妥当することになる。ところが、執行援助も職務共助も共に秩序行政庁からの〝要請〟に基づいて行われるものであるため、当該要請が果たして執行援助を求めるものなのか、それとも職務共助を求めるものなのか、明確にされなければならない。

この点、一部の学説は、執行援助に関する規律を職務共助の規律に参照せしめていることを理由に、執行援助を職務共助の下位分類、つまり職務共助の特殊形態（直接強制を対象とする職務共助）として位置づけている[175]。しかしこの見解に対する支持は少数に止まっている。行政手続法四条二項によれば、その援助活動が、要請された行政庁の固有の事務として既に義務付けられている場合には職務共助とはみなされないとされているところ、まさに警察の執行援助はMEPolG一条三項に基づき固有の事務として割り当てられているからである[176]。実際、執行援助は、職務共助とは異なり、秩序行政庁が行う実力行使レヴェルでの援助である点にその特徴がある。ゆえに多くの学説は、警察上の執行援助を職務共助とは異なる制度として位置づけている[177]。ともあれ、「職務共助の諸原則」が執行援助にも準用されることになっていることから、ここで同原則について簡単に確認しておきたい[178]。というのも、同原則は、秩序行政庁と警察の法的関

係を考察する上で、重要な視点を含んでいるからである。

二（一）先に述べたように、そもそも職務共助とは憲法上の制度であり、基本法二〇条二項に基づく権力分立の原則と連邦共和国の連邦制度と密接に結びついている（基本法三五条）[179]。権力分立の原則や連邦制度は、本来、国家権力の一体性の現れである「法的主体の一体性」を意図的に妨げようとするものであるが、それでもなお、国家機関は公共の利益の実現のため、同時に「国家作用の一体性」も追求しなければならない[180]。ゆえに、基本法三五条一項は、職務共助という相互の共助システムを導入することによって、権力分立から生じる障害（任務不履行の危険）を克服することを意図しているのである（「法的主体の一体性」の部分的回復）[181]。もっとも職務共助は、国家権力を抑制し個人の自由を保護する役割を果たす、権力分立と連邦制を裏から堀崩すようなものであってはならないため、職務共助を認めるにあたっては、常に国家機能を高める機能的・組織法的側面と、権力分立や機能分離を通じた市民の自由保護の側面の、二つの要素が考慮に入れられなければならない[182]。かくして、過剰な権力から個人を保護するための管轄配分を維持しつつ、国家作用の一体性を部分的に回復する職務共助の機能（調整機能）を詳細に定めているのが、行政手続法四条以下（あるいはそれに対応する州の行政手続法の規定[183]。）が規定する「職務共助の諸原則」ということになる。同法四条は「職務共助義務」の内容を、五条は「職務共助の前提条件と限界」を、そして六条以下は職務共助実施の細目を定めている（六条（複数の行政庁の選択基準）、七条（職務共助の実施において適用される法令など）、八条（職務共助の費用[184]））。その中から、特に重要と思われる規定を取り上げれば、以下の通りである[185]。

（二）①同法四条一項によれば、職務共助は、他の行政庁に対して常に補完的特徴を有するものでなければならず、また援助によって実現されるべき措置の適法性についての責任は、要請する行政庁が負うものでなければならない、とされている（七条二項）。これは、あくまで自らに課せられた任務の履行は行政庁自らが実施すべきものであり、援助が実

施される場合でも、それは補完的なものに留まり、行政庁の権限にとって代わるものではないことを確認したものである。また、②この場合の補完的活動は継続的な措置としてではなく、個別ケース毎に想定されるものであり、従って職務共助が行われるためには、まず援助を求める行政庁からの個別的な要請が存在しなければならない、とされている。仮にこの職務共助が継続的措置として行使されるのであれば、事実上、その共助活動は要請される行政庁の固有の任務に属することになり、かくして職務共助は問題にならないことになるからである（四条二項二文）。従って、例えば、他の行政庁のデータベースに独自にオンライン接続するようなことは、個別毎の要請の欠如、また継続的な措置であるという二つの理由から職務共助の限界を超えるということになる[186]。さらに③法律適合性原理からの当然の要請として、要請する行政庁は、職務共助という方法で自己の任務範囲を拡大することは許されず、あくまで予め定められた法律上の任務の範囲を超えてはならない。また同様に、要請された行政庁も、その共助活動において、法律上付与された権限の範囲内に止まらなければならない。要請される行政庁が、職務共助を通じて自らの任務並びに権限を拡大することができるとなると、権力分立ないし法治国家的管轄配分秩序の意義を潜脱することになるからである。任務と権限を職務共助の方法を通じて任意に結びつけることは、任務規範から権限規範を推論すること（警察国家的推論）を意味し、法治国家的警察法の歴史的展開（任務と権限の厳格な分離）に逆行することになる。

三　かくして、執行援助や職務共助といった共助のシステムが―法治国家的管轄配分秩序を維持しつつ―権限の分散化による行政の機能不全を回避し、国家作用の一体性、任務履行の実効性を支えていることが分かる。特に、秩序行政庁から実力行使を担う執行機関が分離されたことに対する手当て（「執行の担い手」の確保）が、法律上、警察任務の中に詳細に明記されている点は、我が国には認められない大きな特徴と言うことができよう。

(165) もっとも、州法の規定によっては、「執行警察官吏が持つ特別な能力、知識あるいは手段が必要とされる限りで」あらゆる執行活動ができるとしているものもあるが（バーデン＝ヴェルテンベアク州警察法（BWPolG）六〇条五項。〝広い意味における執行援助〟と呼ばれる。）、多くの州は模範草案と同じく直接強制の適用に限定している（〝狭い意味における執行援助〟と呼ばれる。）Vgl. Denninger, Polizeiaufgaben, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 271.

(166) よって、秩序行政庁からの要請に対して、警察は当該行政庁が下した命令（例えば立ち退き命令）が―無効でない限り―適法か否かについて独自の審査義務ないし審査権限はないと解されている。W. Schenke/R. Schenke, Polizei -und Ordnungsrecht, in : U. Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, S. 298f.

(167) Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrengesetz, 7. Aufl. 2008, § 5, Rn. 4. これを明示的に規定するのは、ニーダーザクセン州公共の安全秩序法(Nds.SOG)五〇条、ノルドライン＝ヴェストファーレン州秩序行政庁法(NWOBG)一三条、等。

(168) Vgl. Lorentz-Link, Verhältnis zwischen Polizei- und Ordnungsbehörden, 1998, S. 177f.

(169) これを明示的に規定するものとして、バーデン＝ヴェルテンベアク州行政執行法（BWL）七条、ノルドライン＝ヴェストファーレン州行政執行法（NwVwVG）六五条二項二文。

(170) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 1995, Rn. 85.

(171) Vgl. Kay, Amts- und Vollzugshilfe als polizeiliche Aufgabe, Die Polizei 1982, S. 109.

(172) Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 188.

(173) なお職務共助は、裁判所からの援助的活動を意味する法的共助（GVG 一五六条）とは区別される。

(174) Vgl. Martens, Polizeiliche Amts- und Vollzugshilfe, JR, 1981, S. 354, Würtenberger, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, Rn.130ff. 我が国において、同制度を詳細に紹介・分析するものとして、古屋等「行政機関相互の協力関係―ドイツ行政手続法（VwVfG）における職務共助（Amtshilfe）をめぐって」茨城大学人文学部紀要社会科学論集三一巻（一九九八）八三頁以下。

(175) 例えば、Leinius, Zum Verhältnis von Sitzungspolizei, Hausrecht, Polizeigewalt, Amts- und Vollzugshilfe, NJW 1973, S. 448, Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 27, Kay, a. a. O, S. 107. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 7. Aufl. 2012, S. 82. も同旨か。

（176）また訓令関係（指揮監督関係）の枠組みの中で行われる援助は職務共助と評価されないため（連邦行政手続法四条二項一号）、検察官の指揮に基づいた刑事訴訟上の捜査活動への協力も、職務共助とは位置づけられないことになる。

（177）Vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2002, S. 68f. さらに警察法は、職務共助の諸原則の「準用」と規定していること、またMEPolG二五条三項が執行援助を職務共助に対する固有の事務として明確に示していることも、執行援助は職務共助の下位類型であることを否定する根拠とされている（執行援助が職務共助の下位類型であるならばこの規律は不要となるからである）。Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 177.

（178）古屋・前掲八三頁以下。

（179）この制度確立までの歴史並びにその意義については、Vgl. Schlink, Die Amtshilfe, 1982, S. 344ff. 古屋・前掲八七頁以下。

（180）なお、これら「一体性」の法的意味が、論理的にも歴史的にも多義的であることにつき、磯村篤範「行政機関相互間の協力関係と法的問題点の所在（Ⅰ）」大阪教育大学紀要第Ⅱ部門四一巻二号（一九九三）八〇頁以下。

（181）Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 141.

（182）Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 141ff.

（183）州による連邦行政手続法の実施において、既に州に行政手続法が制定されている場合には、連邦法は適用されないことになっているが（連邦行政手続法一条三項）、職務共助に関する規定に関しては、州の行政手続法は連邦の行政手続法にほぼ準拠する形となっている。

（184）詳細については、古屋・前掲八九頁以下を参照。

（185）以下、Vgl. Denninger, a. a. O., S. 273ff.

（186）情報提供（情報共助 informationshilfe）を内容とする職務共助がもたらす意義とその法的問題点については、参照、古屋等「職務共助の要件と情報提供の限界」茨城大学人文学部紀要社会科学論集三三巻（一九九九）一二三頁以下。

第三項　小括

一　以上、ドイツ警察・秩序法における警察と秩序行政庁の関係について概観してきた。ドイツの法制度と我が国の法制度を単純に比較することはできないが、それでも脱警察化の経緯、またこれを踏まえて制定された実定法の規定の在り様などを踏まえると、ドイツ警察・秩序法の特徴、並びに我が国の警察法秩序を評価分析するための重要な視点を、いくつか指摘することができる。

第一に、ドイツで行われた脱警察化は、かつての警察任務を単に他の行政機関に移譲するという消極的観点からのみ実施されているのではなく、警察と秩序行政庁の組織・権限の特性を考慮に入れた上で、それぞれの機関の特性に適合的な任務を配分しているという点である。確かに機関の特性に応じた任務配分の要請は、何も警察や秩序行政庁のみならず、すべての国家機関の任務配分を考える上でも妥当する。しかし特に警察に配分される任務は、秩序行政庁と同じく危険防御の任務を担いつつ、行政機関が適時に行動できない場合などに限り権限行使が認められるという管轄配分を採用する点において、他の行政機関同士の間には見られない特徴が認められる[187]。これは一方で、行政機関は専門的知見に裏付けられた危険防御を行うべきこと、他方で、警察はその機動性・即応性に基づいた緊急権限の行使により〝隙間なき危険防御〟を行うべきという規範的要請を伴うものである[188]。そしてこの役割分担が現実にも適切に機能するためには、互いの情報交換、とりわけ警察から秩序行政庁への情報提供が特に重要となることを踏まえ、補完性原理を規定する条文には常に報告義務規定が用意されている点も見逃せない。互いの連絡体制の存在があって初めて、警察と秩序行政庁との適切な役割分担、つまり実効的な危険防御が完全なものとなる、と認識されているのである。

第二に、危険防御の任務を警察と秩序行政庁夫々に割り当てたことによるデメリットへの手当てが、警察の緊急権限

の行使のほか、執行援助ないし職務共助の制度を通じて講じられている点である。むろん、我が国のように、旧警察法が有していた非効率な警察活動の問題点を克服すべく、自治体警察の廃止・都道府県警察の新設を柱とする現行警察法の制定（旧警察法の改正）も、分権化・分散化への対応という意味において同様の問題意識に基づくものであったと言える。しかし、権限分散化による危険防御の機能不全を阻止する、これらドイツの制度が、権力分立や連邦制度が持つ権力抑制機能を維持する形で、また同時に、警察を、他の行政機関の外部業務を一手に引き受ける「雑用係（Mädchen für alles）[180]」としないよう配慮する形で、一定の限界を伴って用意されていることは、確認されてよい。特に注目すべきなのは、危険防御の実効性と自由保護との調整が行政手続法といった一般法のレヴェルで立法において行われている点である。執行援助を認める諸要件、そして詳細な「職務共助の諸原則」の規定は、共助システムにおいて侵犯されやすい法治国家的要請を改めて確認するものであった。

いずれも、我が国において近時盛んにその重要性が指摘されている、警察とその他の機関（民間も含む）の連携（多機関連携）を考える上で、重要な視点となりえよう。

二　しかし、このような、警察と秩序行政庁の整序された法関係にもかかわらず、警察が事実上、秩序行政庁の全管轄（Allzuständigkeit）をカヴァーしてしまうことに対する警戒感が示されていることも、同時に確認しておかなければならない[190]。例えば、ベーレンデス（Behrendes）は、本来警察の緊急権限というのは時間的要素のみを考慮に入れるものであったにもかかわらず、一九八六年のMEPolG改訂によって、さらに秩序行政庁による事実上の不可能性も加味されることになったことで、行政庁の権限が「知らぬ間に（auf kaltem Wege）」警察に移行するのではないか、と懸念を示している[191]。というのも、警察は人的物的手段の投入によって新たな任務領域を〝推論〟することができ、他方、秩序行政庁は人的物的手段の撤収によって割り当てられた任務から引き上げ、警察にその履行を完全に委ねる、ないし押し付ける

ことができるようになるからである。[192] 確かに、現場に赴かない秩序行政庁が警察が活動する恒常的な緊急ケースを実質上規定し、法律上の管轄配分を事実上変更することになってしまえば、立法者が予め規律した管轄配分規定並びに補完性規定の趣旨が没却されるおそれがある。ゆえにベーレンデスは、立法者はこのような事態を回避すべく、法治国家に反する〝権限＝権限（Kompetenz-Kompetenz）〟の可能性を警察に与えることのないよう、財政的手当て等を通じて行政機関に必要な人的物的手段を手配しなければならない、というのである。[193] また、デニンガー／ポッシャーも、秩序行政庁への危険防御権限の移譲は専門領域に対応する新たな〝監督〟行政庁の創出によって進められた一方、実力行使が事実上〝執行〟領域に集中することで警察の介入権限が広く認められる傾向にあるとし、将来、警察は固有の執行力を放棄した秩序行政庁の援助機関となるだろう、との見方を示している。そしてデニンガー／ポッシャーは、このような事実上の権力集中は、所管原理（Ressortprinzip）に反すると指摘するのであった。[194]

もっとも実際上、法律で予め定められた管轄配分に反して警察活動が行われ、これが裁判で争われたというようなケースはドイツではあまり存在しないようである。実際、「裁判実務におけるその（危険防御における秩序行政庁と警察の管轄配分の―筆者註）意味は、事案の再現において必然的に伴う難しさに直面すると、それほど大きくない可能性があり、・・加えて、実務においては、疑わしいケースにおいて、猶予可能な措置であるか否か、また誰が事案に最も早く適切に介入することができるか、ということについて、警察と行政庁との間で予め了解し合っているのがおそらく通例である」[195]との評価も存在するところである。[196] しかし、秩序行政庁の危険防御権限（専門家による質の高い危険防御）と即時的・機動的な活動を展開しうる警察との適切な役割分担の在り様を確認しておくことは、我が国における行政機関と警察との管轄配分を考察する上で、決して無意味ではないだろう。次節ではこれらの一応の観察結果を分析視角として、行政機関に対する警察の役割と限界を、我が国の現行警察法秩序に照らして具体的に検証してみることにしたい。

（187）島田茂「憲法改正と最近の警察法学の動向」法の科学三八号（二〇〇七）三八頁以下は、ドイツの〝執行警察〟という概念に注目し、同概念は「単に、制度として存在している警察機関の組織と権限を説明するためにつくられたものではなく、「警察の政治的中立性、機能的観点からの規制権力の分散、警察権の発動の予測可能性の確保などの自由主義的な諸要請に適合的な警察の概念定義としてつくられたものである」として、同概念そのものにも市民法治国的原理を見い出している。

（188）これを国内治安の確保という憲法上の要請として理解するものとして、Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 421. またさらに、国家の基本権保護義務からこれを説明しようとするものとして、Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 233.

（189）Denninger, Polizeiaufgaben, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 271.

（190）Vgl. Lange, Sicherheitskooperationen und Sicherheitsnetzwerke in der eingreifenden Verwaltung－Zum Verhältnis von Polizei und Ordnungsverwaltug, in : Lenk/Prätorius (Hrsg.), Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit, 1998, S. 83.

（191）Vgl. Behrendes, Von der Eilzuständigkeit zur Allzuständigkeit ?, Die Polizei, 1988, S. 227.

（192）Behrendes, a. a. O., S. 227.

（193）これを踏まえベーレンデスは、秩序行政庁には組織上、最低限次のような装備が用意される必要性があることを唱える。すなわち、第一に、秩序行政庁が市民や警察と常に電話で連絡が取れる状態にあること（緊急業務体制の整備）、第二に、特別な専門知識が必要とされるような、現場での緊急業務のために、常時、十分な人的・物的装備を備えること、第三に、その対応に専門的知識が必要となる、現に具体的な危険状況が発生中である場所において、常時のプレゼンスを確保すること（例えば街頭補導など）、である。Behrendes, Polizeiliche Zusammenarbeit mit Ordnungsbehörden und sozial Diensten im Rahmen der Gefahrenabwehr und eines ganzheitlichen Präventionsansatzes, in : Kniesel/Kube/Murck (Hrsg.), Handbuch für Führungskräfte der Polizei, 1996, S. 175.

（194）Denninger/Poscher, Die Polizei im Verfassungsgefüge, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 101.

（195）Huber, Die Unaufschiebbarkeit－Rechtmäßigkeitsvoraussetzung polizeilicher Maßnahmen, BayVBl. 1989, S. 5.

（196）Vahle, Polizeiliche Aufgaben und Subsidiaritätsgrundsatz, Verwaltungsrundschau, 1991, S. 203. は、秩序行政庁に代わ

り警察の介入を必要とするような緊急ケースの存在を個別ケースにおいて判断することは―実務的には大きな問題であるにもかかわらず―非常に難しいという。両機関の管轄配分に関する問題が、法律問題としてではなく政策的（組織運用的）な問題として論じられる傾向があるのも、このような事情が背景にあるものと思われる。

第三節　分析視角に基づく我が国の警察法秩序の検証

第一項　我が国における脱警察化の法的評価

一　ドイツ警察法史において形成されてきた、警察と秩序行政庁の役割分担、ないし管轄配分を分析視角として、我が国における警察と行政機関のそれを見た場合、果たして、またどのような評価が可能であろうか。

既に言及したように、我が国における戦前の警察の任務は、プロイセン警察行政と同様、保安警察のみならず、建築警察・衛生警察・産業警察など多くの行政警察権限を伴うものであった[197]。かつての警察組織は、内務省官制、警視庁官制、地方官官制など主として官制の形式で多数に散在し、警察以外の他の行政組織と特に分離されず規定されていた[198]。もちろんこれらの警察組織も厳密にいうと任務領域に応じて細かく細分化されていたが[199]、各種行政警察権限は最終的には行政執行法を通じて、警察官吏によって履行される体制にあった。田中二郎もある対談において「内務省のほかの局所管の行政をやってゆく場合でも、こと命令強制等の執行面では警察の力を借りる必要がありましたし、ほかの省がどんな政策を実施する場合でも、こと権力的にこれを実施するに当たっては警察の力を借りなければならなかった[200]」と評

している。

しかし、第二次世界大戦後、我が国の警察制度は画期的な変革を受けた[201]。昭和二〇年八月に発表された「降伏後における米国の初期の対日方針」（SWNCC150）に基づき、まずは政治警察・特高が、そして昭和二〇年一二月一〇日「地方勤労行政機構の改正、整備に関する件」（内務次官通牒）で、勤労行政及び社会保険行政が警察行政から除外された（脱警察化）。もっともこのような脱警察化はすべて右方針に基づいた個別の対応措置であって、これが規範的に統一的に整理されたのは、昭和二二年三月七日に施行された旧警察法一条がはじめてであった。旧警察法は、「警察は、国民の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に当たることを以てその責務とする」と定めるとともに、「公共の秩序の維持」「生命及び財産の保護」「犯罪の予防及び鎮圧」「犯罪の捜査及び被疑者の逮捕」「交通の取締」「逮捕状、拘留状の執行その他の裁判所、裁判官又は検察官の命ずる事務で法律をもって定めるもの」を警察の責務とした（同法二条）。警察の責務がこのように限定されたのは、占領当局が我が国の警察改革の方向を探るために策定したヴァレンタイン報告書（昭和二一年六月九日）が「警察部から直接警察の職務に属しない事項はすべて分離す可きである」とし、警察の責務から新聞紙検閲、保健、厚生、衛生等を除外し、「（一）治安の維持、（二）生命、財産の保護、（三）法規違反者の逮捕、（四）犯罪の予防捜査、（五）其の他の法令の施行」に限るべきことを勧告したことに基づく。そして昭和二二年四月一二日、警察行政事務の大幅な整理と将来警察が保有する行政権限に関し根本方針を定めた「行政警察法規の改正及び事務の移譲について」（次官通牒）により、以後、行政警察分野における権限が他の行政庁へ次々と移譲されることになったのである[202]。しかし本稿冒頭で既に述べたように、対日方針発令から旧警察法の制定に至るまでの過程において、警察と行政機関の管轄配分について十分に議論された形跡は認められない。警察から非警察的任務を分離すべきという占領当局の改革方針に沿うことが中心の中にあって、旧警察法と改正ないし新たに制

定されることとなった行政警察関連立法が有機的・規範的に結びつけられることはなかったのである。[203]

二　もっとも、ヴァレンタインによる調査と並行して行われた内務省による警察制度改革において、脱警察化のドグマティシュな姿が一部示されていたことは注目されてよい。内務省警保局が中心となって作成した「警察制度改革試案（二一、七。警保局）」では、脱警察化による関係法令整備の全体像が―おそらく初めて体系的に―示されている。[204]同試案に付された「参考　行政警察関係事務中次の要領で之を警察部以外での委譲を考慮する。」によれば、「（一）都、道、府、県の他の部又は、市、町、村に於いてなさしむるを可とするもの」「（二）通常事務は委譲するが権限の一部（例へば臨検等）を警察に留保すべきもの」「（三）市に対しては消防の外左の事務を担当させ、その警察取締をもなさしめる。」「（四）行政警察関係事務中警察に事務を留保すべきもの。」「（五）法令又は取締を廃止すべきもの。」の計五つの観点から、在るべき行政警察関係事務の委譲が整理されている。また、警察制度改革に関する内務大臣からの諮問に対して警察制度審議会（審議会では、内務省の警察制度改革の案が参考案として提出された[205]）が示した答申に基づき、警保局が作成した「警察法案（一二、一、一五）」においても、行政警察関連事務の委譲に関する部分につき次のような条項が設けられている。

「警察法案（一二、一、一五）

・・・・

第一章　総則

第一款　警察の職務及び権限

第一条　警察は公共の安寧秩序を維持し、生命及び身体並びに財産に対する障害を除きその安全を保護することを趣意とする。・・・・

第二款　警察官の職務心得

・・・・・

第三款　他の行政庁との関係

第一六条　特殊の警察職務を執行するために特別行政庁をおく場合は、別に法律を以って定めるものの外本法を準用する。

第一七条　法令の違反取締に関して必要あるときは警察の趣意に反しない限り、当該行政庁は警視庁の協力を求めることができる。」

この警察法案では、「第一款　警察の職務及び権限」に加え、MEPolG 一ａ条（他の行政庁との関係）と同じように、「第三款　他の行政庁との関係」という節目が用意されている点が注目される。つまりここでは、警察と、警察の組織とは区別された他の行政庁との関係、並びに法律の適用関係等を、警察法という一般法の中で規範的に整理しようという意図が法案作成者にあったことが明確に覗える。しかし、同法案はＧＨＱから承認を受けることはなかった。戦後混乱期における治安確保のため、従来の警察制度から漸次的な改革を志向した同法案に対し[206]、ＧＨＱは戦前の警察体制を残す中途半端な改革案を是としなかったのである。この後に、旧警察法制定の直接的な切っ掛けとなる、かのマッカーサー書簡（片山総理宛書簡）が出された[207]。これにより、警察と行政機関との関係について規範的に整理する視点は、旧警察法制定にかかる政治的駆け引きの中で見失われてしまったのである[208]。

もっとも警察法はあくまで組織法であり、警察の具体的な権限を規定することについては最初から想定されていなかったということも考えられよう。事実、既に警察法の立法過程において、行政警察全般を網羅した警察の職務権限を定める権限法の立案が考えられていたようであり、この段階において改めて警察と行政機関の具体的な管轄配分を規定

することが予定されていたのかもしれない。しかし、憲法施行に伴い急を要したこと、個人の生命、身体及び財産の保護、公共の秩序の維持にあたる行政警察作用が極めて多岐にわたりこれを網羅的に定めることが技術的に困難であること、また、戦前の警察権の濫用の歴史から警察権限を定めることに対する警戒感も強かったことから、結局、同権限法（つまり、警察官等職務執行法）は必要最小限度の事項を定めることを目的として立案されることになったことは、周知の通りである。[209] このような事実は、警察の責務並びに権限と、移譲された他の行政機関の危険防御権限との管轄配分について自覚的に検討されなかったことを推認させるものでもある。

三　では、なぜ、警察と行政機関の管轄配分について法律で規律されることがなかったのだろうか。一つの、しかし重要な理由として考えられるのは、我が国ではドイツと異なり、警察一般条項に体現されるような法治国家的警察法体系が存在していなかったという点である。既に第一章で見たように、ドイツにおいても戦後は形式的意味における警察法は大きな改革を迫られたが、占領終了後再びドイツが主権を回復すると、多くの州は―秩序行政庁と警察を組織的に分離する体制は維持しつつも―再びプロイセン警察法の法体系を採用した。かくして、プロイセン警察行政法では想定されていなかった、秩序行政庁と警察のそれぞれの法的根拠をめぐる議論が（過去の法体系との連続性の確保という意味において）自然に登場することとなった。これに対し我が国では、もともとプロイセン警察行政法のような、警察一般条項を含む法治国家的警察法体系そのものが存在せず、個別の法律毎の規律が中心であったため、行政機関と警察の関係性について論じる動機付け、ないし問題意識が―一部警察法案に現れることはあったものの―弱かった。かくして先述の通り、警察官吏の具体的権限を定める警職法もまた、戦後混乱期において既に行われていた最低限度の警察活動にとりあえず法的根拠を与えるという意図の下で緊急的・暫定的に制定されることになった（またそれが可能だった）と考えられるのである。[210] このような事情を背景にすると、我が国において、行政機関と警察との管轄配分の在り様について議論す

る土壌が存在しなかったのは、やむを得ないとも言えよう。

もっとも学説においては、旧警察法の規範構造を行政警察規則との対比において深く洞察し、警察と行政機関の法関係を説く見解もあった。例えば須貝脩一は、「舊い警察組織が多数の諸官制に散在し、警察以外の他の行政組織と特に分離せられずに規定されて」おり、「警察が国家行政の推進者として比較的廣汎な職務の範囲を認められるとともに組織上も他の行政から特に分離せられることなく一般行政組織の一部をな」していたのに対し、「新しい警察組織が一個の統一的立法によって、警察以外の他の行政組織と分離して全く獨立に規定せられることになったのは、警察の職務を比較的狭い範囲に制限するとともに他種の国家行政作用との関連を一應切断し、組織上も一般行政組織から分離獨立せしめることとなったのに照應する」（強調－筆者）と見解を披露していたところである[211]。しかし脱警察化のドグマーティシュな意味を探るこのような見解はむしろ例外であった[212]。

では、脱警察化のドグマーティシュな意義を我が国の警察法秩序において見出す方法は、これにより完全に閉ざされたのであろうか。危険防御任務における警察と行政機関の関係を現行警察法秩序において規範的に整理・調整する余地はもはや残されていないのだろうか。そこで以下では、ドイツ警察・秩序法の分析で得た視角に基づき、我が国警察法秩序においてドイツ警察・秩序法にいう補完性原理が、果たして、またどの程度妥当するかを、本稿第一節第二項で見た〝警察任務一般条項論〟の妥当性の検証という形を通じて明らかにしたい（第二項第一、第二）。そして補論として、我が国の警察法秩序で、ドイツでいう執行援助ないし職務共助の類いの規定がどのように位置づけられるのかを見た上で、行政機関と警察の規範的な関係を我が国の警察法秩序の中に位置づけることを試みたい（第三項）。

(197) 参照、警察制度調査会編『警察制度百年史』（警察制度調査会・一九七五）一二一頁以下。
(198) 須貝脩一『警察法逐条解説』（法律文化社・一九四八）二頁以下。
(199) 詳細については、警察制度調査会編・前掲一二一頁以下、由井正臣・大日方純夫『官僚制　警察』（岩波書店・一九九〇）四八七頁以下。
(200) 大霞会編『内務省史第四巻』（地方財務協会・一九七一）二五八頁。
(201) 詳細については、古川純「警察改革」法学セミナー増刊総合特集シリーズ一三号（一九八〇）一九二頁以下、三浦陽一「占領下警察改革の一断面」歴史学研究第四九八号（一九八一）四七頁以下、武藤誠「占領下における日本警察―GHQ資料にみる戦後警察制度の改革（上）（中）（下）」警察学論集三五巻一号七六頁以下、二号一〇四頁以下、三号（一九八二）一〇一頁以下、西村めぐみ「対日占領下における警察制度改革」一橋論叢一〇九巻一号（一九九三）九八頁以下、小倉裕児「マッカーサーと四七年警察改革」関東学院大学『経済系』一八八集（一九九六）一七四頁以下などを参照。
(202) また、従来の警察法令（閣令、省令、庁府県令）の殆どが法律の根拠を持たない省令又は道府縣令であったため、昭和二二年四月一八日「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（法律七二号）が施行され、同年十二月三一日限りで失効されることとなった。もっとも、その中の必要なものは新たに特別法として制定されることになったが、宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一五三頁によれば、この新たな特別法の制定により、行政事務移譲の方針は「別な観点から」検討を加えられることにもなった、という。しかし、そこでいう「別な観点」が意味するものについては示されてはいない。
(203) 昭和二二年の警察改革における、警察権限の縮小をめぐるGHQの態度と国内動向を詳細に検討するものとして、福沢真一「占領改革と警察権限の縮小―昭和二二年警察改革の政治過程を中心に―」政治経済史学三九九号（一九九九）二六頁以下。
(204) 自治大学校編『戦後自治史第五巻（警察および消防制度の改革）』（文生書院・一九七七）四九頁以下。
(205) 諮問の第一には「憲法及び地方制度の改正に伴ひ実施すべき警察制度改革の根本方針を如何に定むべきか、その要綱を示されたい」と記されており、実際の調査審議では「従来の警察で取り扱っていた犯罪の予防検挙、公共の安寧秩序の維持等警察本来の任務以外の事項を整理すること。その際委譲する事務は、警察以外のどういう機関に取り扱わせることが

適当か。」が検討されている。そしてこの審議において参考案として示された、内務省の警察制度改革の案（警察制度改革の方向性）には、「(二) 警察事務の整理　警察事務を再検討し、警察事務中本来の職務に関係の薄い事務（所謂行政警察事務の大部分）を整理して他の委譲し、警察は本来の任務たる犯罪の防圧、個人の生命財産の保護治安の維持に専念させることとし、従来の警察の概念を整理し新しい警察の概念をうちたてる。」との記述がある。参照、自治大学校編・前掲五八頁以下。

(206) 参照、田中八郎「戦後の警察制度の変遷」警察研究四五巻七号（一九七四）六三頁。

(207) このあたりの詳細な経緯については、参照、警察庁警察史編さん委員会編『戦後警察史』（警察協会・一九七七）一頁以下、田中二郎ほか「現行警察法制定二十年の回顧と展望」警察研究四五巻七号（一九七四）三頁以下、上原誠一郎「マッカーサー書簡前後（一）～（三・完）」警察研究四五巻七号七五頁以下、八号九一頁以下、九号（一九七四）六八頁以下。

(208) もっとも旧警察法の施行日から、「警察法の施行に伴う関係法律の整理に関する法律」が施行されている。この法律については内務局長官から通達が出されているが、その中で「(関係法令の) 改正の趣旨」を「従来警察になおその職務権限を留保されていた若干の関係法律の一部の事務を、警察法第一条の趣旨に鑑み、今後完全に警察の手を離して夫々主務庁に移譲しようとするものである」とした上で、「各庁に於ては警察法施行と同時に速かに事務の部外移譲、事務組織の整理改廃を行ない、警察事務の円滑なる執行に支障ないよう各庁に於ては警察法施行と同時に速かに事務の部外移譲、事務組織の整理改廃を行ない、警察事務の円滑なる執行に支障ないよう御配慮願いたい」と記していた。しかし、「警察事務の円滑なる執行に支障のないよう」留意して行われた（はずの）「部外移譲、事務組織の整理改廃」が、実際上、果たして、またどのような規範的観点に基づき行われたのか、確認することはできない。荻野徹「警察事務の範囲と分担」安藤忠夫ほか編『警察の進路』（東京法令出版・二〇〇八）七二〇頁以下は、警察制度改革の過程では「行政警察という概念を用いてあるべき事務の範囲を検討しているわけではない」と述べ、やはり規範的・体系的な整理が行われなかったことを指摘している。

(209) 上原誠一郎『警察官等職務執行法解説』（立花書房・一九四八）二四頁。

(210) 参照、上原・前掲二〇頁以下、同「警察官等職務執行法について（上）」警察研究一九巻一〇号（一九四八）一二四頁以下。

(211) 須貝・前掲三頁。

(212) もっとも近時、消防法を例にしつつ、我が国の法制度の変容に即した脱警察化の意義を「取締りをもっぱらとする行政

活動から、アメリカ法の影響を受け、危険の発生を『予防』する目的を明確にした規制的予防的行政活動と危険を除去する権力的な行政活動を組み合わせた行政活動・行政分野を形成する契機となった」と評価分析するものとして、須藤陽子「『行政調査に関する一考察』―警察権の分散と規制的予防的行政活動の導入」立命館法学三二〇号（二〇〇八）二三頁以下（同『行政強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）九五頁も参照。）。

第二項　実定法の検証―危険防御任務における管轄配分

第一　警察任務一般条項論の〝合理的再構成〟

一　我が国の警察法秩序において、危険防御任務における警察と行政機関の関係は、どのように規範的に整理・調整されるだろうか。戦後警察改革の指導的方針であった脱警察化を踏まえつつ、この問題に早くから注目したのは、本稿冒頭で紹介した宮崎清文であった。

宮崎は、警察の任務範囲を縮小させるという旧警察法の立法経緯からすれば、行政機関が新たに担うことになった任務領域では警察の権限は排除される、と主張した[213]。すなわち「（新たに制定された）特別法は、具体的には、広義の警察権を分掌している個々の特別警察機関の、各々の権能の根拠を為しているのであるが、同時に一般警察機関のそれ等に対する職権行使の限界をも、直接間接に規定しているわけであって、その限りに於ては、これ亦実定法上の警察権の限界を意味するものたることを失わない」、と。つまり宮崎によれば、警察からの権限の移譲に基づいて設置されたものは、特定の行政機関のみが特別法に基づき付与された行政的権限を行使することになるのであって、その限りにおい

て警察の職権行使はその管轄領域においては全面的に排除されると解釈されているのである。[214] 従って「将来特別法によりかかる範囲外の行政的権限が一般警察機関に包括的に与えられた場合のことが予想される」としても、宮崎によれば、それは「実質的には警察法違反であり、かかる権限を一般警察機関が行使することは、目的よりする処の限界を逸脱したもの」[215]となる。もっとも、警察もまた警察法に基づき、公共の秩序の維持、生命財産の保護という責務を有し、更に警職法は警察官吏に各種危険防御権限を認めているため、これらの権限の行使が特別法により行政機関に付与された危険防御権限とどのような関係に立つのかが問題となる。しかしこれについても宮崎は、警職法は「飽く迄も警察法に規定する警察官等の職務執行に際しての基準とその限界を示したものであって、これを以て直ちに特別法においても二次的に職権を行い得ると為すのは当を得たものではない」[216]と断じる。確かに現行法には一部に特別法の中で一般警察機関に対して協力義務や個別的権限を定めるものもあるが、このような「協力関係を規定せる特別法の方が寧ろ例外的であ」[217]って、「行政事務の移譲が、一般警察機関が本来かかる行政事務を担当すべきではないと云う根本的な理由に基いて行われた以上、今日そのような特別法の分野に於て何等権限が規定されていないのは当然のこと」とするのである。以上要するに、ここでは、警察事務の移譲により行政機関に設置され又は権限を付与されたものについては、危険防御任務の分散化・専門性の確保という意味において、警察の権限は一切排除されると理解されている。[218]

二（一）しかしながら時を経て田村正博は、他の機関の職員が有する権限行使との関係を、警職法四条一項（避難等の措置）の適用において次のように説いているのが注目される。

「警察官の権限を認めた法律の特別の規定が他にある場合には、特別の規定に基づく権限が行使され、この規定（警察官職務執行法四条一項（避難等の措置）―筆者註）に基づく権限は補充的に行使されるのにとどまる。一方、危険な事態が現実に生じた場合に対

処する権限が他の機関（の職員）に与えられている場合でも、警察としての権限と責任とが失われるものではなく、警察は、関係機関と連絡をとりつつ、必要に応じて、警察官職務執行法等に基づく権限を行使することとなる（・・）。他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるという特別の規定がない限り、警察の権限と他の機関の権限との間に優劣の差はない。[219]」

右説明は、本稿冒頭で紹介した〝警察任務一般条項論〟を具体的に展開したものと見ることが可能であろう。特別法あるいは他の機関に定められている権限行使にあっても、警察としての責任と権限が失われるものではない、とされているからである。

（二）田村の右説明において特に注目すべきなのは、第一に、「法律の特別の規定が他にある場合に」「（警職法四条一項に基づく警察官の）権限は補完的に行使されるのにとどまる」の意味、第二に、「他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるという特別の規定がない限り」「危険な事態が現実に生じた場合に」「警察は、関係機関と連絡をとりつつ、必要に応じて、警察官職務執行法等に基づく権限を行使することになる」の意味である。

まず第一の点についてであるが、本来、特別の規定が他にある場合は特別の規定に基づく権限が行使されることで事足りるはずであり、しかしそれでもなお警職法に基づく権限行使が「補完的に行使される」というのは、どのような理由によるものか、明らかにされなければならない。しかしそれ以上に第二の点について、「危険な事態が現実に生じた場合に対処する権限が他の機関（の職員）に与えられている場合」は通常、法律が他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させようとしていると解釈することが通例であり、通常はこれで事足りるはずであるが、なぜ、さらに警察としての権限について言及する必要があるのか明らかにされなければならない。「危険な事態が現実に生じた場合に対処する権限が他の機関（の職員）に与えられている」のは、法律がまさに当該職員に権限行使を行わせるためであ

り、その当該法律の趣旨目的を踏まえるならば、「他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させる」ために常に「特別の規定」が必要とされるとは限らない。このように見ると、右見解は―少なくとも文言上においては―「警察としての権限と責任とが失われない」という前提から警察の権限関与を各方面に展開させる解釈であると言うことも不可能ではないだろう。

（三）しかし、ドイツ警察・秩序法で得た分析視角に基づくならば、田村の右見解は合理的に再構成されうる余地がある。つまり、ドイツ警察・秩序法に通底する補完性原理の考え方によれば、危険防御の任務に関しては原則として秩序行政庁が権限を行使しつつも、危険防御が秩序行政庁によっては不可能若しくは適時には不可能であると認められるケースには、その限りで警察が（暫定的に）固有の危険防御権限を行使することが許された。これはすなわち、危険防御機関の組織上の分離によって効果的な危険防御が損なわれるのを防ぐ目的に基づくものであった。この考え方に従って〝「他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるという特別の規定がない限り」「危険な事態が現実に生じた場合に」「警察は、関係機関と連絡をとりつつ、必要に応じて、警察官職務執行法等に基づく権限を行使する」〟という見解を改めて合理的に再構成するならば、〝警察は、他の機関（の職員）による権限行使が不可能もしくは適時に行使することが不可能であると認められる場合に限り、警察官職務執行法等に基づく権限を行使することができる〟と言い換えることもできよう[220]。「危険な事態が現実に生じた場合」とはたいていの場合、緊急に対応すべき事情と考えられ、またその場合には既に行政機関（の職員）による（適時な）対応が困難であることが推定されるからである。田村の言う、「警察としての権限と責任とが失われない」という意味を〝危険防御の任務が隙間なく確実に履行されなければならない〟という意味で理解するのであれば、「警察の権限と他の機関の権限との間に優劣の差はない」という見方も、成り立たないわけではない。この場合の警察の活動はあくまで警察の判断に基づいた独自の権限（警職法）に基づくものであり、

秩序行政庁と主従の関係にあるわけではないからである。実際、田村も別の箇所において「他の機関の任務と権限に属することは、それぞれの機関の責任において対処されるべきことであるが、警察は、実際に危険な事態が生じている場合に通報を受けて警察官職務執行法等に基づいて現場的一時的な措置を講ずるほか、必要に応じて、関係機関に意見を伝え、行動を求めるべき立場にある」[221]と、右結論と同様の見解を述べている。これは要するに、「危険な事態が生じている場合」においては、行政機関と警察とで権限行使の要件がしばしば重複すること、その限りで即応力・機動力のある警察は多くの場合、行政機関の管轄領域内であっても権限を行使できる状況にあることが、このような評価を可能にしているものと思われる（警察は、事実上現場における最初の権限者である。）。〝執行〟警察としての組織的特徴を踏まえた見解と言えよう[222]。

三　このように合理的に再構成された警察任務一般条項論を踏まえた場合、宮崎の見解は、どのように評価されるべきだろうか。警察事務の移譲により警察官の権限が全面的に排除されたと見る宮崎の見解は、実効的な危険防御という視点からすると、狭く厳格な見解とも言え、行政機関による危険防御が完全に実効的に行いうるという前提がない限り現実的とは言えないだろう。その意味において直ちに採用することは難しいように思われる。しかしながら他方で、危険防御の実効性を過大に評価し「危険な事態が現実に生じた場合」の警察の権限行使に注目しすぎることにも、慎重である必要がある。「危険な事態が現実に生じた場合」と「行政機関（の職員）による（適時な）対応が困難である」を同列に論じることは、行政機関の管轄領域の存在を見失うおそれがあるからである。次に記すように、補完性原理を規定するMEPolG一a条の（個別）理由書においても、この点は、同条文を適用するに当たって特に注意喚起されているところである。

「この条文は内容的には、警察は猶予不可能で必要であると認められる措置について権限を有すると定める現行の警察法に倣ったものである。しかし、管轄を境界付けるためには、措置の緊急性に着目するよりも、他の行政機関が全く、又は適時に行動できないか否かに着目することの方がより適切である」[223]（強調―筆者）

宮崎は、行政機関による危険防御を脱警察化の理念として捉えていたのであって、警察の緊急的権限を認めるにしても、行政機関による権限行使の範囲を常に意識する姿勢は見落とされてはならないであろう。

（213）宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一七七頁。

（214）宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一六五頁以下。そして宮崎はこれを論証すべく、従来警察の監督・取締を受けてきた建築、食品衛生、興業場、旅館、公衆浴場等が現行法ではそれぞれ特定行政庁、食品衛生監視員、環境衛生監視員等の指導・監督の下に置かれていても、これ等の機関の有する監督権限は主として建築並びに衛生的見地からの臨検・検査・物件の収去等であって、事実、現行法規には警察に関する規定を何等設けていないと述べる。

（215）宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一八九頁。しかし宮崎は続けて、「（しかしながら）、形式的には有効と解せざるを得ない。」とも述べている。

（216）宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一六六頁。

（217）宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一九三頁。

(218) 宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』(立花書房・一九五〇) 一六二頁は、これを「極めて当然」と述べている。

(219) 田村正博『全訂警察行政法解説』(東京法令出版・二〇一一) 二二一頁、同『現場警察官権限解説 (第三版) 上巻』(立花書房・二〇一四) 四六頁。

(220) そしてドイツの実定法の仕組みに依るならば、さらにこの場合の権限行使は一時的・補完的なものに限定され、権限行使終了後には、行政機関にこれを報告することが義務付けられるという流れになる。

(221) 田村正博『全訂警察行政法解説』(東京法令出版・二〇一一) 六〇頁。

(222) 高木光「行政介入請求権」三辺夏雄ほか編『原田尚彦先生古稀記念　法治国家と行政訴訟』(有斐閣・二〇〇四) 一二九頁は、組織としての警察について、現場でのマンパワーを多く有し、また「差し迫った危険」＝「切迫した危険」に対処することが責務とされている行政組織と表現している。

(223) Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 29.

第二　「隙間なき危険防御」の法的位置づけ

一　ところで、警察任務一般条項論を右に見たように合理的に再構成したとしても、これを我が国の警察法秩序においてどのように位置づけるかは、一つの問題である。というのも、そもそも我が国ではドイツのような補完性原理をMEPolG一a条のような形で明文化しているわけではないため、直ちにドイツと同列に論じることはできないように思われるからである。しかし補完性原理が、戦後の脱警察化を踏まえつつも「隙間なき危険防御」を遂行するという理念に支えられていることを踏まえるならば、同じく脱警察化を経験した我が国の警察法秩序が、ドイツと全く異なる土俵

に立っているというわけでもなかろう。明文の条文規定が存在しないという事実は、脱警察化のドグマーティシュな意味が認められない、ということを直ちに結論づけるものではない。むしろ、個別の現行法令の中に現れた僅かな規範の中から、行政機関と警察との適切な管轄配分の要請を読み取り、警察法秩序の中に整合的に位置づける可能性は残されているようにも思われる。実際、我が国の現行法令の中に、補完性原理類似の管轄配分を規定する立法が存在する。災害対策に関連する一連の立法がそれである。

（一）災害対策基本法（昭和三六年一一月一五日法律二二三号。以下、災対法と略）六〇条一項は「災害が発生し、又は発生するおそれがある場合において、人の生命又は身体を災害から保護し、その他災害の拡大を防止するため特に必要があると認めるときは、市町村長は、必要と認める地域の居住者等に対し、避難のための立退きを勧告し、及び急を要すると認めるときは、これらの者に対し、避難のための立退きを指示することができる。」と規定しつつ、六一条一項で「前条第一項・・・の場合において、市町村長が同条第一項に規定する避難のための立退き・・・を指示することができないと認めるとき、又は市町村長から要求があつたときは、警察官又は海上保安官は、必要と認める地域の居住者等に対し、避難のための立退き・・・を指示することができる。」と規定している。そして続けて三項で「警察官又は海上保安官は、第一項の規定により避難のための立退き・・・を指示したときは、直ちに、その旨を市町村長に通知しなければならない。」と定めている。同様の条文構造は、同法六三条（市町村の警戒区域設定権等）一項、二項にも見られるが、さらに原子力災害対策特別措置法（平成一一年一二月一七日法律第百五六号）第二七条の二第一項（市町村長の避難の指示等）と第二七条の三第一項（警察官等の避難の指示）並びに、第二七条の六第一項（市町村長の警戒区域設定権等）と第二項においても見られる。これらの条文構造は、MEPolG 一ａ条と類似していると言えよう。

もっとも、災対法六一条一項の規定は、ドイツの補完性原理に比べると変則的な規定振りとなっていることにも注意

が必要である。第一に、警察が市町村長に代わって立退き指示をすることができる要件として「市町村長が同条第一項に規定する避難のための立退き・・を指示することができないと認めるとき」（要件①）の他に、「市町村長から要求があつたとき」（要件②）という要件も定めている。②の要件には全く条件が付されていないことからすると、市町村長の権限を安易に放棄してしまうおそれがあるが、ただ要件①とのバランスを考えると、これは要件①の認定を行いやすいように市町村から警察への通報と理解する余地があろう[224]。また第二に、本来、要件①に該当するような場合には、警察官が警職法に基づいて自らの任務として権限を行使するのがドイツの補完性原理の姿であるが、しかし災対法の規定によれば警察による立退きの指示権限は同法六一条一項で定めている権限であり、警職法四条一項に基づく避難等の権限ではない。このような規定の存在は、災対法が警察に（緊急のケースにあっても）同法上の権限行使のみを認めたという意味において、主たる権限行使者はあくまで基礎的自治体の市町村長であるという同法の基本的立場と整合性を保ったもの[225]と理解することができよう。いずれにせよこれら条項は、ドイツの補完性原理の条項と類似したものであり[226]、同規定は、我が国において補完性原理の考えが条文の形で示された数少ない規定と言うことができる。

（二）しかし災対法に見られるような考え方は、我が国の警察法秩序では一般的な原理として承認されているわけではなく、あくまで個別法による例外規定と見なされている[227]。例えば、古谷洋一編『注釈警察官職務執行法（四訂版）』（二〇一四）は、警職法四条の解釈適用の解説において一般法と特別法の関係を重視する（従来の警察実務でもある）見解に否定的な観点から、「一つの事項について、合理的な理由がある場合に複数の行政機関が重畳的に関与することはあり得るのであって、利用可能なあらゆる手段を用いての対応が求められる危険な事態における措置については、関係機関の活動の一元化が特に求められる場合として明文で優先関係が規定されている場合のほかは、各機関がそれぞれの権限を適切に行使して対処することが予定されているものと解すべきである[228]」と論じている。「関係機関の活動の一元化が

特に求められる場合」とはここでは災対法が想定されているが、このような特段の事例に該当しない限り重層的な関与が認められるとする立場は、時に「具体的な危険を避けるために必要やむを得ないような事態」という解釈一本で、警察が他の行政機関の管轄領域に介入し、一時的・暫定的な措置であるべきという視点が見失われないとも限らない。今一度確認するに、補完性原理とは、「隙間なき危険防御」という要請と同時に、権限が事実上競合する場合であっても特別法によって付与された秩序行政庁による権限行使がまずは適用されるべきであり、警察が他の行政機関の管轄領域に関与することができるのは、あくまで〝危険防御が秩序行政庁によっては不可能である、もしくは適時に不可能であると思われるケース〟で、しかも〝秩序行政庁が改めて任務履行ができる体制が整うまでの暫定的・一時的措置に限る〟、という内容を含むものである。[229] 同原理の右規範的意味を再確認するのであれば、《行政機関の管轄領域における危険防御任務の履行においては、行政機関に付与された権限が主たる役割を果たす》という言い回し・表現は―たとえ警察が緊急ケースにおいて権限行使する場合があったとしても―決して過小評価されるべきではないだろう。[230] 脱警察化のドグマーティシュな意味は、まさにここに認められるからである。（新）警察法が制定されてまだ間もない頃、出射義夫『警察権限詳論』（一九五九）は、「明文のない警察官の援助その他」の見出しの下で次のように解説していた。

「警察官との関係について規定のない行政取締法規であってしかも実質的には各種の行政警察の概念に属するものについて、警察官との関係の規定を欠くからといって、警察官は無関係であるわけにはゆかない。・・国民の生命、身体又は財産の保護と公共の秩序の維持の責務を持つ警察官は、これらの警察官の援助に関する規定のない行政取締法の対象となっている事柄について、国民の権利が危殆に陥り又は社会公共の秩序（法的秩序）が乱れようとしている場合には、本来の警察官の職権職務が発動されなければならない。

この関係については・・警察所管以外の行政警察においては、その所管官署が第一次的に監督行政の責任を負うこととし、警察権

と競合する場合は原則として、所管官署の要求又は連絡によって警察官の職権を行使することになっているのである。即ち、警察官はその固有の権限の行使を二次的なものとしているのである。これは、広義の行政警察を戦後の民主化と事務の効率化の要請に基いて警察の責務を限定しようとしたための行政体系なのである。」[231]（強調―筆者）

しかし、脱警察化をこのようにドグマーティシュな形で提示した見解は、これまで十分に評価されてきたとは言えない。我が国の警察法秩序においても「戦後の民主化と事務の効率化の要請に基づいて警察の責務を限定しようとした」「行政体系」を、補完性原理という形で改めて明確に提示することは十分可能と考えられるのではないだろうか。[232]

（224）なお、原子力災害対策特別措置法二七条の三第一項は「（市町村長による措置を）待ついとまがないと認めるとき、又は市町村長から要求があったとき」に警察官の活動を認めるということで、一定の条件（時間的な緊急ケース）を付しているが、災対法六一条一項は「市町村長が同条第一項に規定する避難のための立退き…を指示することができないと認めるとき」と定めるのみで、その理由（時間的緊急ケースなのか事項的緊急ケースなのか）は明示していない。

（225）参照、淺見勝也「災害対策基本法と警察の任務、権限について」警察研究三二巻一二号（一九六一）五九頁以下。

（226）さらに災対法六一条一項は、警察官吏による要件存否の認定に関し、MEPoIG 一 a 条と同様「認めるとき」と定めている点でも、補完性原理条項と類似している。

（227）田村正博『全訂警察行政法解説』（東京法令出版・二〇一一）二二一頁註七二は、同条項を、行政庁の職員の権限が警察官の権限に優先することを法律上明示的に定めている特別な規定として挙げている。このような評価も、戦後我が国の脱警察化が執行警察と行政庁との役割分担を十分に検討したものではなかったことを踏まえると、無理もないと言える。

（228）古谷洋一編『注解警察官職務執行法（四訂版）』（立花書房・二〇一四）二七二頁註五。

(229) 田中二郎「新行政執行制度の概観（二）」警察研究一九巻一二号（一九四八）八頁も、警職法四条が定める避難等の措置に関連して次のように述べていた。「かような危険事態の生じた場合の措置については、災害救助法、消防法、地方自治法等他の法令にも種々の定めがあり、これらの法令に基き、當該公務員が、その措置を講ずべき第一次の責任者になっているが、個々の警察官等も亦、それらの者が、それらの措置を講ずるまでの、應急的・第二次的責任者として、・・・諸措置を講ずることができるのである。」（強調―原文、下線―筆者）

(230) 田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院・一九九三）三〇頁は、警察権を規律する主な法原理の一つとして「警察補充の原則」を挙げ、これを「警察権を発動するのはなるべく最後の手段であることが望ましい。また、それぞれ専門の行政組織が効果的に警察障害に対処する制度のほうが望ましい。何故なら、警察組織の権限の肥大化を回避することは、人権尊重を求める憲法上の一政策でもあるからである」と、警察の権力抑制に比較的重点を置いた法原理として捉えている。

(231) 出射義夫『警察権限詳論』（警察時報社・一九五九）二八三頁以下。また既に上原誠一郎『警察官等職務執行法』（立花書房・一九四八）一二九頁も、次のように述べていたところである。「犯罪を豫防し鎮壓することは警察の責務の最も重要なものであり、これに関する種々の取締法規において、それを直接に執行する任にある當該官吏又は吏員の力が及ばない場合においては、それを最終的に執行するのは警察官であることを銘記しなければならない。」（強調―筆者）。警察法制定間もない時期から既に警察実務において同様の理解が示されていた点は、注目すべき点である。この場合、「力が及ばない場合」とは如何なる場合かが、法解釈上極めて重要な論点になることは言うまでもない。

(232) もっともこのような見解は、藤田宙靖「二一世紀の社会の安全と警察活動」警察政策四巻一号（二〇〇二）九頁以下（同『行政法の基礎理解上巻』（有斐閣・二〇〇五）四三〇頁以下所収）を通じ、学説並びに実務においても徐々に浸透しつつあるように思われる。参照、白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇四）六一頁、荻野徹「新しい『警察法学』の構想」関根謙一ほか編『講座警察法第一巻』（立花書房・二〇一四）四一頁。

補論　行政機関の職務執行時における警察の援助とその限界

一　我が国の警察法秩序は、警察と行政機関の関係を一般的に規律する補完性原理について明文の規定を設けていないが、他方で、危険状況に直ちに対応できるように、警察が行政機関からの要請に基づき行政機関による職務執行（例えば、立入調査や臨検等）を援助することを規定した一連の個別規定が存在する。もっともこの援助は、ドイツ警察・秩序法にいう執行援助のように警察自らが直接強制を実施するものではない[233]。そうではなく、行政機関の職員の力ではその職務遂行が不十分な場合に、警察において付与されている権限を行使することで、円滑な職務執行を支えることを目的とするものである。行政機関に対する警察の役割として、我が国で典型的な例として挙げられるのは、このような、行政機関の職務執行時における援助である[234]。

例えば、高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律（平成一七年一一月九日法律第一二四号）一一条一項は「市町村長は、養護者による高齢者虐待により高齢者の生命又は身体に重大な危険が生じているおそれがあると認めるときは、・・地域包括支援センターの職員その他の高齢者の福祉に関する事務に従事する職員をして、当該高齢者の住所又は居所に立ち入り、必要な調査又は質問をさせることができる」と規定し、一二条一項で「市町村長は、前条第一項の規定による立入り及び調査又は質問をさせようとする場合において、これらの職務の執行に際し必要があると認めるときは、当該高齢者の住所又は居所の所在地を管轄する警察署長に対し援助を求めることができる。」と定めている。また同二項では「市町村長は、高齢者の生命又は身体の安全の確保に万全を期する観点から、必要に応じ適切に、前項の規定により警察署長に対し援助を求めなければならない。」とした上で、さらに第三項で「警察署長は、第一項の規定による援助の求めを受けた場合において、高齢者の生命又は身体の安全を確保するため必要と認めるとき

は、速やかに、所属の警察官に、同項の職務の執行を援助するために必要な警察官職務執行法（昭和二三年法律第一三六号）その他の法令の定めるところによる措置を講じさせるよう努めなければならない。」と定めている。同様の規定は、児童虐待の防止等に関する法律（平成一二年五月二四日法律第八十二号）にも認められる。児童虐待に関し児童相談所が児童の安全の確認を行う場合あるいは知事が児童相談所職員等に立入調査をさせる場合には、警察署長に援助を求めることができると定められている（同法一〇条）。援助に当たる警察官は、立入りに同行し、保護者が児童相談所職員や児童に対して危害をまさに与えようとしている場合には、警職法に基づく各種危険防御権限を行使することとされている。また、知事は裁判官の許可状を得て児童相談所職員等に臨検・捜索させることができるが（同法九条の三）、この場合にも警察は、援助の求めを受けたときは、相談所職員に対する妨害行為を阻止すべく迅速に対応措置を講ずることになっている[235]。以上要するにこれらの規定は、既にその事案の性格上、行政機関の職務執行の過程で危険な事態が発生する可能性があることを前提に、行政機関が警察に援助を要請することができる旨を法律で予め規定し、不測の事態に備えるものと解することができよう。この場合の警察活動は、行政機関の権限を行政機関に代わって行使するというのではなく、あくまで警察に付与されている権限を行使するに止まる。これは、ドイツ警察・秩序法で言うところの〝執行時における保護〟に該当すると言えよう（執行援助ではない）。警察の個別権限を規定する行政機関所管の法律は本稿の対象ではないが、これまでの検討を踏まえ、警察に法律上認められた援助権限の行使の在り様について簡単に触れておきたい。

二　行政機関からの要請に基づく警察の援助を考察する上で特に注目すべきは、児童虐待への対応のような事例でしばしば生じる、警察の権限行使と行政機関の職務執行との鋭い緊張関係である。一般に、警察と児童相談所（以下、児相と略す。）との間で連携・協力が求められる場合においても、両機関には、安易に接触することに対する警戒感があると言われている。これは特に児相の側から、一種の〝相互不干渉の原則〟が主張されることに現れているが[236]、その理由は、

児童虐待という同一課題に対し、警察と児相との間で異なるアプローチがとられることにある。これを単純化すれば、〝警察は保護者が犯した問題に対応するのに対して（刑事司法的アプローチ）、児相は保護者・家族がかかえている問題に対応する〟（福祉的アプローチ）という図式である。[237] しかし、およそ児童虐待に対する対応は児童保護・家族の再統合の観点から講じられるものであるとするならば、警察活動もまた右観点に服する必要があり、[238] 警察は、自己の判断のみに基づき警察措置、とりわけ犯罪捜査を行うことで児相の福祉的任務を妨げることのないよう、慎重な対応が求められることになる。このような主張は、児相の管轄領域を一般的に《警察から自由な空間》としてみなすことを警察側に求めるものと捉えることもできよう。しかし《警察から自由な空間》は《法的に自由な空間》を意味するものではない。具体的な犯罪行為の発生において、あるいは児童の安全確保において警察による措置が必要と認められる場合には、たとえ家庭内であっても警察の活動領域に開かれることになる。各々の機関が独自のアプローチに基づく活動により被害児童が両機関の任務の谷間に陥ってしまうことの問題性は、これまでも繰り返し指摘されてきた通りである。児童の安全確保（危険の防御）という目的の追求においては一致をしている以上、両機関の連携が是非とも必要となるのである。このような認識は―既に数次にわたる法律改正ないし通達・指針の通知等[239]を通じて―今日広く共有されていると言ってよいだろう。問題は、連携の具体的な姿、連携の最も基本的な体制の在り方にある。というのも、両機関のそれぞれの役割が明確に認識されない結果、連携が中途半端なもの、あるいは不安定なものになっている現状が認められるからである。

三（一）児童虐待対応の現場からは、「どういう場合に警察の手を借りて、どういう場合には福祉のみで対応するかということに関する、一貫したビジョンが不在である[240]」との指摘がなされている。これは一方で児相職員による福祉的アプローチのみでは実効的な立入り調査ができず、警察の積極的な介入を期待せざる得ない部分があること、しかし他方

で警察が積極的に介入すると児童虐待についての知識がないまま児童に対する聴取や近隣住民への聞き取りなどを先行すると、児相による福祉的政策を阻害する、という事態が、ビジョン不存在の原因となっている。[241] そこでこのようなジレンマを解消すべく、例えば、児相においては、職員が実効的な立入り調査が可能となるように、警護術の研修を受けるなど警察と同様の機能を担おうとする努力が行われるほか、[242] また警察においても、福祉的アプローチに対する十分な知識の習得に加え、児童虐待に特化した専従のチームを設けるなど、[243] 両機関の歩み寄りが見られる。[244] また近時では、各機関が集う専門的な部署を設け、日頃からの情報共有を含め、統一的・一体的な運用を確保する取り組みも行われているところである。[245] 一つのビジョンの下に関係機関が連携する仕組みの構築は、全体として改善傾向にあると言えよう。

（二）しかし他方において、統一的・一体的な運用は、同時に互いの管轄を不鮮明にし、時に、捜査権という執行力を背景とした「警察官の意向」[246] に事実上福祉が従うといったことならないよう、連携の基本的なコンセプトを明確にしておく必要がある。特に警察によるその主体的な取組みは―その必要性は認めつつも―他方で各々の機関が本来担うべき任務遂行とのバランスを崩し、引いては互いに責任を転嫁するなど円滑な連携を阻害する原因ともなりかねない。この問題は、既にベーレンデスが危惧していたところである。つまり、警察は人的・物的手段の投入によって新たな任務領域を〝推論〟することができ、他方、秩序行政庁は人的物的手段の撤収により割り当てられた任務から引き上げ、警察にその履行を完全に委ねる、ないし押し付けることができるようになる、と。[247] その意味では、統一的・一体的な運用を図る場合も、互いの機関がそれぞれどのような任務を担い、またこれを履行するためにどのような組織的特徴を備えるものであるのか、明確な認識が必要となる。[248] この観点からすると連携の基本的な体制としては、やはり専門的知見を有する児相が、児童虐待対応にかかる全体の司令塔となり専門的な判断を行うこととし、この児相が示した全体の方針の下で各種機関、つまり警察であれば、その機動力、即応力を活かした被害児童の迅速な安全確保という任務に徹して行

動するというのが、見通しのよい連携の姿であると言えよう[249]。専門的知見をもって慎重な対応が求められる社会的症例に対し、執行警察上の手段のみでもって対処することの問題性[250]は、親密圏内で起きる加害行為や虐待行為に対する警察介入に現場から注目し続けている警察実務家の青山彩の指摘にも見られる。青山は、第一次的な責任官署の意向に先んじて警察が権限行使（被害者の保護）する場合があっても補完性原則が活動の範囲を画すことに留意すべきである指摘した上で、次のように述べている。

「・・警察の補完あるいは副次的な活動が仮に常態となるのであれば、それはシステム自体がうまく機能していないのだから、個別の立法で警察の権限を追認すべきという議論にもなりうる。児童虐待の例で言えば、児相の在り方について、より専門性を高めるべきとか司法的アプローチをとるべきなど様々な評価があるのと絡めて、警察についても『援助』ではなく、通告受理や立入調査の直接の主体とすべきという立法論、政策論もありうる。

ただし、この種の家族間事案の解決を考える際には、加害者を立件することや、加害者からの被害者の分離に成功したことをもってよしとするのでは足りず、その先の被害者（場合によっては加害者を含む家族全体）の心理面・経済面などトータルな救済や支援に息長く取り組む必要があることを無視できない。各機関の責務に応じて関与の濃淡はあっても、実効ある多機関連携の構築が急務であり、目的を同じくする範囲内で各機関・団体が持つ情報をできるだけ共有し合い、被害者が加害者の客観的な現状を踏まえて最善の措置をとることが求められる[251]。」（強調―筆者）

警察の補完的な活動を実質的に恒常的なものとしてしまうことは、法律上の管轄配分システムを事実上変更することに繋がりかねない[252]。連携の基本体制としては、児相は専門的福祉的権限の遂行、警察は迅速性を活かした緊急権限の行

使という認識がまずは基本に据えられるべきであり、連携を円滑にするための各種仕組み（例えば情報共有や児相への警察官OBの配置や、各機関のインターフェースの機能を有する制度の設置など）[253]も、まずはこのような認識を前提とした上で整えられるべき（連携の基本設計に肉付けられていくべき）であろう[254]。補完性原理において警察が行使しうる権限が一時的・暫定的なものでなければならないとされていたのと同じ理由において、ここでも援助を求められた警察は、あくまで行政機関の権限が優先的に行使されるよう配慮して行動することが求められるのである。この問題はさらに個別事例を素材としながら具体的に論ずる必要があるが[255]、警察の援助活動は、専門性に裏付けられた行政機関による職務遂行を補完する措置であるべきという視点は、警察と行政機関の役割分担を考える上で、やはり基本となるべき認識のように思われる[256]。

（233）もっとも戦前は、旧伝染病予防法に基づく人に対する隔離処分や物に対する消毒等の処分といった直接強制の実施に、警察官吏が関与していたとされる。参照、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）一九八頁以下。

（234）この問題について初期に注目した論考として、園部敏「行政上の共助―行政機関の『実力による応援』―」『行政法の諸問題』（有信堂・一九五四）七一頁以下。

（235）参照、田村正博『全訂警察行政法解説』（立花書房・二〇一一）二三五頁以下。

（236）参照、高橋幸成「警察と児童相談所」町野朔・岩瀬徹編『児童虐待の防止』（有斐閣・二〇一二）二四六頁。

（237）山田不二子「子供虐待対応における警察の役割」警察政策一三号（二〇一一）三一頁以下は、警察・児童相談所の職責・関心が異なることを、《警察は誰が何をしたのかという過去の方向に目を向けるのに対して、児童相談所は子や子の家族に何が必要かという未来の方向に目が向いている》と説明する。

（238）従って立入りの際、援助内容と離れて犯罪資料を収集することなど（写真撮影など）はもとより認められない。民事執

行法六条に基づき執行官から援助要請を受けた警察活動の限界については、綾部弘ほか「改正民事執行法の運用状況について（2）」NiBEN Frontier（二〇〇七）六月号一六頁以下、また、二四一頁註九。

(239)「少年警察活動推進上の留意事項について」（依命通達・平成一九年一〇月三一日）、「児童の安全の確認及び安全の確保を最優先とした児童虐待への対応について」（生活安全局長・刑事局長通達・平成一八年九月二六日）、「児童虐待への対応における警察との連携について」（厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知・平成一八年九月二六日）、「『虐待通告のあった児童の安全確認の手引き』について」（厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知・平成二二年九月三〇日）等。

(240) 刑事政策研究会「座談会・児童虐待」ジュリスト一四二六号（二〇一一）一一五頁（西澤哲発言）

(241) 刑事政策研究会・前掲一二七頁以下（岩佐嘉彦発言）。

(242) 刑事政策研究会・前掲一二七頁（岩佐嘉彦発言）。

(243) 大阪府警察本部生活安全部少年課に設置された「児童虐待対策班（愛称「チャイルド・レスキュー・チーム」）」などの設置。参照、高橋・前掲二四三頁。

(244) 山田・前掲三三頁以下は、警察と児相のアプローチに違いによる歪みを除去すべく、警察に対しては児童相談所の職員の職責を侵害しないように求める一方、児童相談所に対しては警察の職務（証拠保全・証拠収集・事情聴取等）について十分に理解し、案件によっては早めに警察への通報を講じること等を求めている。

(245) 同一建物内に、児童相談センター、少年センター、教育相談センターを集約し、情報交換・共有を一層円滑にすることを目的とした東京都子供家庭総合センターの設置など。参照、高橋・前掲二四七頁。

(246) 刑事政策研究会・前掲一二七頁（岩佐嘉彦発言）では、警察が立入調査の際、児相職員に同行するとしても、児相職員は果たして警察と対等な立場を現実に保つことができるか、という問題意識が示されている。その上で、警察官の援助を増やす場合の前提として、児相は、児童相談所でしっかり対応できる専門性をもっと強化する必要があると主張されている。

(247) 第二節第三項、参照。

(248) 平成一六年の児童虐待防止法改正により「警察官の援助」から「警察署長に対する援助要請等」に改められたことについても、この警察署長を中心とした「行政機関（行政官庁）」としての警察行政機関が、緊急権限を行使する「警察官」との関係においてどのような意味を有するか、慎重に検討しなければならない。右法改正は、機動的な警察活動を確保する

ため、「組織」として対応することを明確にするためと解されており（「児童虐待の防止等に関する法律の一部を改正する法律の施行について」（平成一六年九月二一日警察庁生活安全局長・長官官房長・刑事局長通知）、その趣旨は是認しうるものであるが、児童虐待への対応とは別に、警察側の対応が、今後、緊急権限を行使する警察官から警察署長に重点が移動することに対する長期的な影響についても検討の余地があるかもしれない。その取扱いに高度の配慮が求められる専門的知見を警察側に要求することは、即時強制を担う警察官の組織的特徴を変質させ（戦後、警察の改革対象とされた）一般行政機関としての性格を正面から担う契機ともなり得るからである。小林博志は、戦後の警察改革は、警察官を法令執行機関と位置付けるものであったのに対し、現在は、これを行政庁の執行機関という地位に結びつける傾向があると、その問題性を指摘している（小林博志『行政組織と行政訴訟』（成文堂・二〇〇〇）一二五頁以下）。つまり「警察官の法令執行機関と行政庁の執行機関という地位は基本的に異なるものであり」「戦後改革の基本は前者にあった」ことからすると、警察官の二つの地位を結びつけることは問題である、と。その上で小林は、警察機関、特に警察官については、行政庁を中心とする補助機関、執行機関、諮問機関という「行政庁」概念及び行政官庁理論と、法令執行機関という二つの道具概念を使ってとらえる必要性があると主張する。

(249) 参照、高橋・前掲一三九頁。

(250) 警察との連携に関する児童相談所に対するアンケート結果によれば、警察は虐待に対する理解や判断が十分でなく捜査的動きが先行し福祉的配慮に欠ける、といった意見が出されている。詳細については、高橋・前掲一四六頁、参照。

(251) 青山彩子「家族・近親者からの被害防止」大沢秀介ほか編『社会の安全と法』（立花書房・二〇一三）二二二頁以下。

(252) Vgl. Behrendes, Polizeiliche Zusammenarbeit mit Ordnungsbehörden und sozialen Diensten im Rahmen der Gefahrenabwehr und eines ganzheitlichen Präventionsansatzes, in : Kniesel/Kube/Murck (Hrsg.), Handbuch für Führungskräfte der Polizei, 1996, S. 175.

(253) 警察の、他の行政機関には認められない特性（迅速性）や犯罪捜査の特徴を踏まえつつ、他機関連携をスムーズに行うインターフェースとして、他機関にとって分かりやすい非警察的な体質を持つ組織を警察内部に設けることの必要性を論ずるものとして、田村正博「警察の組織と行動の特性と他機関連携のための施策について」早稲田教育評論二六巻一号（二〇一二）二六四頁以下。

（254）青山・前掲二二三頁は、現在の連携の機能不全を過渡的なものとして捉え、将来的に連携の仕組みが成熟するまでの間は、個人の保護に総合的に任ずる存在である警察に期待が寄せられているとする。

（255）この分野における最も詳細かつ有益な研究成果として、田村・前掲二五七頁以下。

（256）田村正博『全訂警察行政法解説』（立花書房・二〇一一）六〇頁以下もまた、警察機関の他の行政機関に対する役割を考える際、「それぞれの機関の特性を踏まえて、どの機関が効果的かつ効率的にその事務の処理ができるかという面と、他の事務との一体的な運用による利点と欠点（権力集中による弊害の防止を含む。）という面とを、総合的に判断して決すべきものである」と的確に述べている。

第三項　小括

一　ドイツ警察・秩序法に規定されている補完性原理を、脱警察化のドグマーティシュな評価を通じて、我が国の警察法秩序にも整合的に位置づけることが可能か。この問題を探ってきたこれまでの考察によれば、脱警察化には、行政機関による（質の高い）危険防御の確保、並びに迅速な執行警察による活動とその限界という規範的要素が存在することが明らかとなった。我が国においてもドイツと同様、脱警察化を経て警察法が制定された経緯を踏まえると、警察実務において現在支配的な見解、つまり、《他の行政機関の権限であると定められている場合でも、それが警察の責務から明確に排除されない限り、警察活動の対象となる》という命題（警察任務一般条項論）は、脱警察化のドグマーティシュな意義を確認した上で《他の行政機関の権限であると定められている場合には、原則として当該行政機関が権限を行使しなければならないが、行政機関によっては危険防御が不可能もしくは適時には不可能であると認められる限りにおい

て、警察が暫定的な措置を講じる》という命題に再構成する余地があるように思われる。右再構成により、従来の実務的慣行を正面から否定することなく、また、行政機関の任務に対する警察のアドホックな関与を回避しながら、両者のより質の高い連携を構築することが可能になると考えられるのである。

二　もっとも、これを実際上においても実現するためには、行政機関による危険防御の体制が十分に整えられていなければならない。脱警察化の理念を踏まえた警察法の解釈を展開した宮崎は、当時の行政機関による危険防御の体制に言及しつつ、次のように説いていた。

「今日に在つては、一般警察機関より権限の移譲を受けた行政機関の側で、受入態勢が未だ十分整つておらぬ処が少なからず存し、警察官等が事実上本来の責務を超えた活動を余儀なくされていることが多い。又これに対する輿論と云うものも、一般警察機関のかかる活動の限界を厳密に批判し得る迄には向上していないのが実情のようである。併しそれは飽く迄も過渡的な現象に過ぎぬのであつて、法治主義の徹底した現行憲法下に在つては、公安の維持或いは犯罪の予防と云うような漠然とした行政的権限を行使する場合は極めて慎重たるを要するのであり、社会通念に基いた厳密なる客観的事実認定を俟たずしては、決してみだりに警察権を発動してはならないのである。」[257]（強調―筆者）

これは、「警察官等が事実上本来の責務を超えた活動を余儀なくされていること」を「過渡的な現象」と捉えた上で、事実から規範命題の導出を戒めたものとも評しうるが、併し近時では、現在の行政組織は、安全と秩序を害する危険・障害の増大に対し有効・適切に対応できていないという事実認識に基づき、警察に一定の（場合によっては、本来の責務を超えうる）活動が要請されるに至っている。[258] 警察実務家である荻野は、現状を次のように述べている。「具体的な状況

の下で求められるのは、各機関の権限の境界や優先劣後を再確認し、これに従って整然と行動することではなく、法的な『趣旨目的』はどうであれ、『事実上の』効果として被害者・相談者にとって望ましい措置が『実際に』発動されることである。[259]」、と。確かに事実において、現実の社会おいて対応すべき事態は時間とともに刻々と変化するのであり、警察が活動すべき条件も常に予め一義的に明らかであるわけではない。警察と行政機関との間の静態的な管轄配分に従って紛争が生じるのではなく、紛争に対応すべくその時々で権限が行使されるのである。児童虐待やDV、ストーカー事件など現代的な課題にも対応可能なように、「占領法制の特徴であるプリミティブな『民主化と分権化』理念[260]」をより実効的なものにすべきと主張されるのも、以上のような認識に立つものと言えよう。[261]

しかし警察活動の現実の必要性を強調することは、明確な自覚がないまま警察の権限が拡大するおそれがあることにも注意しなければならない。[262] 行政機関は徐々に事務作業が中心となり、自らに課された危険防御の任務を主として書面手続において履行する一方、警察は、行政機関による対応不備を補うべく馴染みのない行政任務を引き受けることで、本来課されている以上の任務を負う傾向にある。しかもそれは、明確な法律変更（管轄変更）というよりも、むしろ現実の必要性を背景として事実上行われるという特徴がある。[263] しかし、行政機関に対する警察のこのような〝リザーブ機能〟を事実上のものとして認めてしまうと、国家機関同士の権限紛争の原因となるほか、管轄規定を定めた立法による法治国家的保障を弱体化してしまう原因にもなり得よう。[264] ここで注意しなければならないのは、このような〝静かな権限移動〟に対する明確な認識と、この権限移動を防ぐ具体的な体制整備である。警察の役割の拡大は、行政機関の専門的知識の欠如（あるいは、行政機関による政策の失敗）ないし執行体制の不十分性と表裏一体の関係にある。[265] その意味において、我が国の現行警察法秩序において、果たしてまたどの程度まで行政機関による危険防御体制が重視されているのか、改めて検討されなければならない。[266]

三　この点に関連し我が国では、行政刑罰の適用における行政機関と警察との協働にからみ、生活経済事犯への対応が問題実例として挙げられることがある。警察実務家の四方光の分析によれば、通常、監督庁が独自に指導や行政処分を行って違法状態を解消しているのであれば問題がないところ、実際には、行政処分件数よりも警察による送致件数の方が多いという。そして、これは、当該行政法の執行体制の構造として、法秩序維持の一定部分を警察に依存している、と理解することができるという[267]。四方は、行政刑罰に違反して事業活動を展開する犯人グループ、とりわけ行政指導・行政処分には従おうとしないが犯罪者グループほど悪質ではない企業（第三類型）への対応が最も重要であるとの認識を示した上で、次のように述べている。

「警察の方では、警察は行政法施行の肩代わりをする責任も権限もないと考えており、犯罪の構成要件を満たし可罰性もある事案でなければ捜査に着手しないので、行政部局の方では『警察が協力してくれない』という不満を言うだけでは自らは何も進めないというものである。・・・行政機構の設計上、第三類型の事業者への対応全体を警察の責任・権限に属させるという選択肢は、理論的にはあり得ても、実際にそのような選択をすれば、警察は著しく肥大し、それこそ警察国家になってしまう[268]。」

右指摘は、生活経済事犯に関し、産業振興型の従来の行政手法では対応が難しい案件への行政部局への執行体制を問うたものであるが[269]、しかし同指摘は危険防御の領域おいても当てはまると考えられる。仮に行政機関による対応の不備を理由に警察が対応しなければならないとするならば、警察に過重な負担を課すのみならず、行政機関は危険防御の任務において主要な責務を果たすという視点も、また警察は一時的・仮の措置に留まらなければならない、という脱警察化のドグマーティシュな視点も見失われてしまう[270]。このような見地からすると、行政機関においても危険防御の任務が

明確に存在することを改めて確認する意義は小さくないように思われる。[271] この点、田村正博は、公共の安全秩序の維持のための各種の事業規制は、これまで事業所管の行政機関が産業の振興と併せて担当するのが一般的であり、他の行政目的（産業保安、保健衛生、経済発展など）のための規制が実質的に犯罪予防に寄与していたにすぎなかったが、近年では安全確保目的や犯罪予防目的を重視し、犯罪予防目的を事業の健全な発展と並ぶ位置付けとして警察が援助を行うこと等を定める不正アクセス禁止法やピッキング防止法、またいわゆる安全安心まちづくり条例が制定されていることを好意的に評価している。[272] これらの近時の法制度の運用実態については改めて慎重な検討が必要であるとはいえ、確かに、かつて産業警察・衛生警察・建築警察と呼ばれていた任務がそれぞれ専門の行政機関によって担わされる一方、社会の発展とともに危険防御以外の任務も同時に担うことになった結果、本来の危険防御の任務が執行体制も含め相対的に後景に退くことになったことは否定できない。[273]「犯罪予防を他の目的の制度の付随的なものとしてきたそれまでの立法政策」[274]では、危険の迅速な認知という観点からも、また執行体制の整備という観点からも不十分という評価が下されることになろう。[275] しかし、目前に迫った危険ではない、対処の難しい危険の防御（犯罪予防を含む）を実施しうるのは、本来、独自の専門的知見（行政ノウハウ）を有している行政機関である。[276]《目前に危険が迫っている事態に限られない、行政庁による専門的知見に基づいた危険防御と、緊急の場合に市民（あるいは時には被害者）を保護する機動的な警察活動を実現する仕組み》を構築するためには、行政機関の側でも危険防御任務を自らの任務として引き受ける体制が整えられなければならない。[277] 現場対応を重視し、その場での判断が常態化・固定化することのないよう、行政機関による危険防御体制を含め、両者の関係を改めて適切に位置づける必要があるように思われるのである。荻野徹もまた「多機関連携を実効あらしめるには、これを、追い詰められた現場担当者の機転に丸投げするのではなく、平素の準備段階から、関係機関相互の協力が円滑に行われるような事務配分の在り方を模索すべき」であり、「各機関の権限配分に関する規

範についても、領土専管的・排他的・固定的なものではなく、一種の相互乗り入れ的な業務運営を可能とするような規定振りないし解釈態度が必要となるのではないか」と今後の課題を提示していた。ドイツ警察・秩序法の分析において明らかになったのは、専門的知見を用いた行政機関による質の高い危険防御と、緊急時における警察による迅速な措置という、〝両者の権限が連動した隙間なき危険防御〟の姿である。本稿が取り扱った補完性原理は、「相互乗り入れ的な業務運営を可能とするような規定振り」の候補たりうるのではないだろうか(278)。

(257) 宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一九四頁以下。

(258) 参照、田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院・一九九三）五九頁以下。

(259) 荻野徹「新しい『警察法学』の構想」関根謙一ほか編『講座警察法第一巻』（立花書房・二〇一四）四一頁。

(260) 櫻井敬子「犯罪予防と行政法」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂・二〇〇八）九六頁。

(261) 田村正博『全訂警察行政法解説』（立花書房・二〇一一）六二頁は、行政の力が弱まり、自由化が進んだ社会においては、行政機関の役割分担においても現実の執行がどのようにして確保されるかという点を踏まえて検討しなければならず、社会的な状況の変化を無視して既存の理論だけを語ることは弊害が大きいとする。

(262) Vahle, Polizeiliche Aufgaben und Subsidiaritätsgrundsatz, Verwaltungsrundschau, 1991, S. 205.

(263) Vgl. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, S. 4f.; Finke/Sundermann/Vahle, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1992, S. 113. は、管轄の移動は法律によってのみ許されるとする。

(264) しかし、かつて土屋正三「広義の警察と狭義の警察」警察研究二八巻四号（一九五七）二四頁は、我が国の法律はドイツと異なり、執行警察と行政警察の区分が明瞭ではない、とした上で、「行政庁が一々直属の執行機関を有することなく、原則としてはその決定を警察をして執行せしめるとしたならば、ひとり行政の経済化であるのみならず、警察と国民生活

とを緊密に結びつける利益は少なからざるものがあろう」という見方も示していた。

(265) 例えば、本来、社会的発展に伴う危険や妨害の除去は行政庁の対象であるところ、行政庁の施策の失敗により住居が十分に供給されないことから住宅難が発生し、この住宅難から警察が対応すべき住居の不法占拠が発生する、といった具合いにである。Vgl. Gusy, a. a. O., S. 4f.

(266) また須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）二〇〇頁も、「『強制』を担保する人的環境が戦前・戦後で大きく変わっている」とした上で、「法律上の『強制』の仕組みを明確化するのみならず、行政目的を実現する事実行為としての『執行』の在り方、『執行の担い手』、警察組織の関与の在り方に注目するべき」と述べている。

(267) 四方光「罰則適用過程からみる行政法―生活経済事犯の取締りを中心に―」警察政策一一号（二〇〇九）二三〇頁。

(268) 四方・前掲二四七頁。

(269) その上で四方・前掲二四八頁以下は、具体的に、行政機関と警察との理想的な役割分担を実現するためには、第一に行政部局内に専門的な技能・経験を有する担当者又はチームを設置すること（例えば『監視Gメン』のような活動部隊を持つこと）、第二に、警察では少なくとも行政部局からの通報・告発に対応できるだけの取締体制を整備すること、第三に、行政部局内部及び警察との間における緊密な連絡体制を確立することが必要、と提言する。先に紹介したベーレンデスの主張と共通する点も多い。本稿註一九三、参照。

(270) 一般行政の機能不全・執行不全・実効性確保手段の不備を、警察活動の拡大が必要であることの理由とすべきでないことにつき、白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇七）六一頁も参照。

(271) 野口貴公美「秩序違反行為の『行政手法による取締り』―軽犯罪法を契機として―」警察政策一二巻（二〇一〇）一〇九頁が、秩序違反行為の「行政（とりわけ、地方自治体の）手法による取締り」の可能性を理論的に整序することによって行政刑罰の濫用（インフレ）の解消につながると述べている点は、このコンテクストにおいても、傾聴に値する。

(272) 田村・前掲二八頁。

(273) 四方・前掲二四六頁は、事態対応に対する行政部局の危機意識の欠如を懸念している。

(274) 田村・前掲二八頁。

(275) このような事情は、行政機関による規制権限の不行使という今日的問題にも間接的に関わっている、というのが筆者の

見立てである。この問題の一部については、近く検討予定である。

(276) 行政機関の権限が適切に行使されなかったことを理由とする損害賠償請求事件として、高松地判平成一七年四月二〇日判時一八九七号五五頁がある（評釈として、横田光平「判批」自治研究八四巻五号（二〇〇八）一三〇頁以下）。同事件は、認可外保育施設で乳幼児が施設長の虐待行為により死亡したことにつき、同保育施設に対する県知事並びに県警察の対応不備の違法性が問われた事件である。その中で高松地裁は、警察権限の不行使については、犯罪捜査権限を行使すべき状況ではなかったとして違法性を否定する一方、県知事の施設に対する指導監督権限についてはその違法性を認定しているが、その中で、次のような判断が示されている。「児童の生命や身体の安全が確保されるべきことへの期待は一般的に大きいといえることから、警察権限を含む一般的な行政権限の行使の場面とは若干異なる視点、すなわち、同法（児童福祉法―筆者）が第一義的な目的と定める児童の福祉の保障をより重視した運用が求められる。」（強調－筆者）、と。行政機関の専門性に基づいた規制権限の必要性を、警察権限を含む一般的な行政権限と対比させている点は、注目に値しよう。

(277) 櫻井敬子「行政法の観点から見た組織犯罪対策」警察学論集六一巻四号（二〇〇八）七七頁以下は、組織犯罪対策においては「司法警察から行政警察への重点移動」が重要であるとし、行政機関による行政警察活動への期待を語る。また同「犯罪予防と行政法」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂・二〇〇八）九八頁は、「犯罪予防が秩序維持という行政の中核的領域に属する問題と位置づけられる以上、警察組織以外の他の行政機関の役割が相対的に重要」なのであって、また生活安全条例の策定にあっても「発想が司法警察的にならないよう、施策が偏らないよう留意すべきである」とする。

(278) そして本稿では十分に検討できなかったが、これに法理論的な裏付けをより明確に与えるとするならば、任務（Aufgabe）、権限（Befugnis）、権限（Kompetenz）、管轄（Zuständigkeit）、執行官吏（Vollzugsbeamte）といった行政組織法上の基礎概念を明晰にする作業が不可欠となろう。Vgl. Fügemann, Zuständigkeit als organisationsrechtliche Kategorie, 2004, S. 9ff. 今後の課題としたい。

おわりに―分断的規律と解釈構成

一　本稿を閉じるにあたり、最後に、筆者が当初より抱いていた問題意識について触れておきたい。

我が国の警察法秩序において行政機関に対する警察の役割を考察しようとする時、特に注目せざるを得ないのは、危険防御を担う両機関の役割分担について明確な法規定が存在しないという事実である。ドイツにおいてそれは、警察・秩序法や行政手続法という一般法によって明示的に規律されているが、我が国の場合、多くは特別法の中で個別に規定されており、規律断片的でアドホックといい得る。ドイツでは、警察と秩序行政庁に適用される法規定をそれぞれ明確に区別しようとする議論があり、また、脱警察化の流れの中にあっても危険防御の隙間を埋めるべく、両機関の役割分担につき明確な法規定が用意されたことも想起するならば、我が国のような規律断片的な法規定の姿は、危険防御の実効性という点においても（規範断片・規律の隙間は執行の欠缺を生み出す）、また法治国家的法秩序における法規定の有り様（明確性・予見可能性・法的安定性の確保）という点においても、決して望ましいものとは言えない。確かにドイツの場合は既に警察一般条項が存在し、脱警察化後も、その適用の有無との関連において警察と行政機関との関係が論じられたのに対し（その意味において法的安定性・連続性が存在していた。[279]）、我が国においてはこのような事情が存在しなかったため、個別法毎に分断的に考察せざるを得ない歴史的・政治的事情があった。そして、このような規律断片的な規定は、行政執行法の廃止などを通じてむしろ脱警察化が意図したところでもあった。[280] しかし、特別法の規律などを通じて警察官の個別権限を規定するといった立法技術の多用は、不透明な警察法令の適用を招き、[281] 機動的な警察活動やその見通しよい統制を妨げる原因にもなりうる。[282] 法的枠組みに基づく警察活動の透明性が確保されない限り、また行政機関と警察の連携の限界が明確にされない限り、行政機関の執行体制の欠如という事実を前に、警察は、その求めに応じて、いわばな

し崩し的に行政機関の事務に関わることにもなろう。現代国家の進展による分業体制の要請とともに、いわば必然的に、秩序行政庁の執行機能が後退し、また警察に期待される範囲が、事実上（本来の範囲を超えて）拡大してくることを直視するならば、警察法秩序が両機関の境界を明確に定めることの意味は、その意識的な歯止めという観点においても、また、執行機関としての警察に最も期待される職責をより実効的なものにするという観点においても、小さくないように思われるのである。

二　しかしながらこの問題は、単に立法による対応の必要性を唱えるだけでは十分ではない。これまでの我が国の歴史を振り返ると警察法関連の法律改正は容易ではないし、また仮に立法化されたとしても、その中身は、ドグマーティクに裏打ちされた、明確な輪廓を持つ法概念の束を通じて実現されるものでなければならないからである。[283] このような観点からすれば―立法化を論ずる前に―既存の分断的規定の中から警察活動にかかる法治国家的要請を見出し、これに明確な法的輪郭を与えた上で〝体系化〟すること、そして将来の立法化に備えることも、一つの有力な選択肢としてあり得るであろう。本稿で明らかにしたように、我が国では脱警察化はただ消極的な組織分離のみが注目され、危険防御の隙間に対する問題意識が見失われていた。そして事実上、警察官吏による警職法上の（しかもその発動要件が必ずしも明確とは言えない）個別権限に期待が寄せられる結果となっていた。しかし、脱警察化の歴史は法治国家進展の歴史と無関係ではない以上、既存の法秩序を前提にした上でもなお、法治国家原則が命ずるところに従い、行政機関と警察の管轄配分を―占領下における歴史的産物としてではなく―ドグマーティシュに解釈することは不可能ではないように思われる。事実、警察実務においても既に古くから、行政機関による力が及ばない場合の警察官吏による活動について語られてきたところであるし、[284] また補完性原理の考えを一部表出させていた災害対策基本法の規定（六〇条・六一条。より具体的には警察官の権限行使の要件）は、本来、一般法である警職法（昭和三三年警職法改正法案）の中で実現させることが想定

されていたものであり、ただ警察権限拡大に対する懸念に配慮するという政治的事情から、警職法ではなく災害対策基本法の中で（一部）実現されることになったという経緯があったことにも注目したい。[285] いずれにせよここで重要なのは、分断的規律を前提に（いわば制定法準拠主義の如く）個別の条文解釈に取り組むことではなく、警察活動を規律する法体系全体の内在的分析を行うことで、法の隙間を埋めること、つまり、警察活動に係る法治国家的要請を現行警察法秩序の中に適切に位置づけ、体系化しようとする態度である。これは、すなわち、僅かな条文を手がかりに法治国家的警察法理論を〝解釈構成（Dogmatik）〟[286]する作業とも言いうるだろう。[287] このような作業によってはじめて、我が国の警察法秩序において、明確性と予見可能性、そして法的安定性を確保することが可能になり、延いては将来の立法化への橋渡しにもなると考えられるのである。

もっとも、分断された法の隙間を解釈上どのようにして埋めるかという問いは、法適用権者の解釈作法をめぐる問題と密接不可分であり、容易ではない。執行警察活動固有の統制法理を単純な個別法律の解釈問題として捨象することなく、また、嘗て行われたような、講学上の警察概念による〝悪しき体系化〟に陥ることないよう、如何に断片的規律の背後にある法体系をドグマーティクの定礎の上に組み立てるか、が鍵である。[288] この問題は、長年の課題である、我が国の法治国家的警察法理論の再構成の方法論とも深く結びついていると考えられるが、本稿ではこれ以上論ずることはできない。次に取り組むべき課題を示したということで、ひとまず本稿を閉じたい。

（279）第二節第一項第二、参照。

（280）成田頼明「警察法五〇年の回顧と展望」警察学論集五七巻七号（二〇〇四）五三頁は「警職法の不備は、・・個別法の特

別規定によってその例外を定めるバイパス方式によって補完されている」と評したが、このような規律構造の複雑さは、歴史的経緯を強く反映した我が国警察法秩序の一つの特徴である。

(281) 警職法は行政執行法の一部を取り入れるものであった一方、本来警職法で規律される予定だった銃砲刀剣類の一時保管権限は、銃砲刀剣類所持等取締法で規定されることになるなど、警察官吏の権限にかかる法規定の制定・改正は常に政治情勢の影響を受けるものであった。雄川一郎ほか『行政強制（ジュリスト増刊）』（有斐閣・一九七七）二九頁、参照。

(282) このような意味において、配偶者暴力防止法のような警察官の権限規定の定め方（警察法、警察官職務執行法の適用を注意的確認的に規定する立法手法）についても―当該事案に見合った権限発動要件を定める形となっていない点において（また警察官吏の権限行使が十分に規律されていないという点において）―疑問なしとしない。

(283) 参照、雄川一郎ほか編・前掲三一頁以下。

(284) 上原誠一郎『警察官等職務執行法』（立花書房・一九四八）一一九頁、参照。

(285) この点については古谷洋一「警察官権限法の整備に関する一考察」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開上巻』（東京法令出版・二〇〇一）三三七頁以下、参照。その意味において、警察官の権限行使要件（警職法四条）の緩和が補完性原理の中で実現したということは、警察の緊急権限の性格に注目したという点で興味深い。

(286) ここで用いるDogmatikの用語に〝解釈構成〟という訳語を当てる際、守矢健一「日本における解釈構成探求の一例―磯村哲の法理論の形成過程―」松本博之ほか編『法発展における法ドグマーティクの意義』（信山社・二〇一一）三頁以下を参考とした。

(287) 危険防御の法分野においてドグマーティシュな提案を実践する論考として、ラルフ・ポッシャー／拙訳「国内治安法制における介入閾―最近の憲法判例に照らして見たその体系―」北大法学論集六五巻四号（二〇一四）一三一頁以下。

(288) 我が国の警察法秩序を前提に、危険防御の法体系の一部を簡潔に示したものとして、拙稿「警察規制の概念と手法」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四）二四二頁以下。

本稿はもともと新正幸教授・畑安次教授・細川俊彦教授の金沢大学退職を記念して刊行された記念論文集（金沢法学五三巻二号）

に寄稿することを予定して構想されたものであった。勤務先の異動とその後に続いた在外研究により大幅に時期が遅れてしまったことをお詫びするとともに、金沢大学在職時の学恩に、改めて心から御礼申し上げたい。

なお本稿は、平成二四年度～二六年度文部省科学研究費補助金（若手Ｂ）の助成を受けた研究成果の一部である。